Der Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Wilhelm Vattmann
Gerichtsassessor.

Borna - Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0015

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft . . 1

Kapitel 1.

Beginn und Ende des Amtes der Liquidatoren.

1. Die Bestellung der Liquidatoren.

§ 2. a) Der geborenen 7

§ 3. b) Der gekorenen 13

§ 4. c) Der ernannten 17

§ 5. 2. Die Abberufung der Liquidatoren 24

Kapitel 2.

Die rechtliche Stellung der Liquidatoren

§ 6. 1. Im allgemeinen 29

2. Die Vertretungsmacht.

A. Außerhalb des Prozesses.

§ 7. a) Inhalt und Umfang 37

§ 8. b) Die Beweislast 48

§ 9. B. Im Prozesse 51

3. Die Geschäftsführung.

a) Die Tätigkeit der Liquidatoren.

§ 10. α) Abwicklung der laufenden Geschäfte und Verwertung des Gesellschaftsvermögens 58

§ 11. β) Auseinandersetzung der Gesellschafter und Verteilung des Reinvermögens . 63

§ 12. b) Folgeleistungspflicht und Haftung . . . 69

§ 13. c) Vergütung 75

Literaturverzeichnis.

Arend, Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft. 1904.

Bauer, Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften, herausgegeben von Josef Bauer. Leipzig. (zit.: Bauer.)

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin und Leipzig 1886.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Berlin.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, vom Senatspräsidenten A. Bolze. (zit.: Bolze.)

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—1860.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. (zit.: Buschs Arch.)

Busch und **Vierhaus,** Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. (zit.: Buschs Zeitschr.)

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Reichstagsdrucksachen 9. Legislaturperiode VI. Session.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. Leipzig 1881.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: ERG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (zit.: ERG. in Strafs.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: ROHG.)

Förtsch, Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. 1899.

Franken, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung. Stuttgart 1890.

Dr. Fuldt in Holdheims Monatsschrift Bd. 14 S. 41 ff.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. 1905.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung auf der Grundlage des Kommentars von Gaupp, herausgegeben von Friedrich Stein. 7. u. 8. Aufl. 1906.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmidt und **Laband,** Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. (zit.: Goldschmidts Z.)

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. Bd. 1. 1879.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1902.

Hergenhahn und **Tuchatsch,** Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894. (zit.: Hergenhahn.)

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht. (zit.: Holdheim.)

Jaeger, Die Konkursordnung auf Grundlage des neuen Rechts. 2. Aufl. Berlin 1904.

Jerschke, Der Liquidator der offenen Handelsgesellschaft. Straßburg 1895.

Johow und **Küntzel,** Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (zit.: KGJ.)

Juristische Wochenschrift. (zit.: JurW.)

Keyßner, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 327 ff. (zit.: Keyßner).

Keyßner, Die durch Zeichnung der Liquidationsfirma entstandenen Wechselverbindlichkeiten. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 11 S. 494ff.

Kräwell, Zur Erläuterung der die offene Handelsgesellschaft betreffenden Art. 93—97, 102—104. In Buschs Archiv Bd. 4 S. 1ff.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. (zit.: Krit. VSchr.)

Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. Halle 1900.

Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Lieferung. Leipzig 1906. (zit.: K. Lehmann.)

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902. (zit.: Lehmann-Ring.)

Liebmann, Kommentar zum Gesetze betr. die Gesellschaft m. b. H. Berlin 1905. 5. Aufl.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1880, 13. Aufl. Berlin 1906.

Müller, Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft. Greifswald 1897.

Neukamp, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaft m. b. H. 3./4. Aufl. 1907.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1905. 4. Aufl.

Noack in Buschs Archiv Bd. 4 S. 211.

Nöldeke, Die Fortdauer der offenen Handelsgesellschaft während der Liquidation. Straßburg 1887.

Parisius-Crüger, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaft m. b. H. 9. Aufl. 1907.

Pappenheim in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 38 S. 589ff.

Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1904—1906.

Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Berlin 1899.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, herausgegeben von J. Lutz.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1874.

Raußnitz, Das Reichsgesetz betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.

Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Dr. Soergel. Hannover. (zit.: Recht.)

Rechtsprechung, Die, der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit.: Rechtspr.)

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. Berlin 1899.

Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft. Leipzig 1881.

Rudorff, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 mit Erläuterungen. Stuttgart 1898.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.

Schultze-Görlitz, Die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 1. Berlin 1900.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten. (zit.: Seufferts Arch.)

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. München 1904. (zit.: Seuffert, Komm.)

Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften. 2. Aufl. Berlin.

Siquet, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. Straßburg 1896.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1906.

Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1893.

Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. Berlin 1906.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals. (zit.: Striethorsts Arch.)

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Leipzig 1879.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Wach, Der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft. In der Zeitschrift für Zivilprozeßrecht Bd. 9 S. 433 ff.

Wächter, Lehrbuch des Handelsrechts usw. Teil 2. Leipzig 1886.

Walsmann, Die streitgenössische Nebenintervention. Leipzig 1905.

Einleitung.

§ 1.

Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft.

Der § 145 HGB. bestimmt, daß nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft die Liquidation stattfindet, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist. Die Liquidation ist demgemäß das gesetzliche außergerichtliche Abwicklungsverfahren der aufgelösten, jedoch nicht in Konkurs befindlichen Gesellschaft.[1]) Voraussetzung einer jeden Gesellschaftsliquidation ist somit, daß die Gesellschaft als solche zu Recht bestanden hatte,[2]) ferner, daß überhaupt zu teilendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.[3])

---

[1]) K. Lehmann S. 123.

[2]) ROHG. S. 204; Marcus in Blätter für Rechtspflege 1899 S. 77; Behrend S. 565 Anm. 12 S. 566.

[3]) ERG. Bd. 40 S. 29ff.; Goldmann zu § 145 Nr. 14.

Endlich tritt Liquidation nur ein nach Auflösung der Gesellschaft.

Zwar zählt das Gesetz in § 131 HGB. die verschiedenen Gründe auf, welche eine Auflösung und damit regelmäßig die Liquidation der Gesellschaft herbeiführen, indes ist eine Definition des Begriffes „Auflösung“ ihm fremd. Was das Gesetz unter Auflösung versteht, ist bestritten. Es bestehen hier mehrfache Theorien.

Die Fiktionstheorie zunächst betrachtet nach Eintritt der Auflösung die Gesellschaft als überhaupt nicht mehr vorhanden und läßt sie nur aus praktischen Gründen kraft einer Fiktion fortbestehen. Diesen Standpunkt vertritt, soweit dem Verfasser ersichtlich ist, nur mehr Goldmann.[1]) Gegen diese Auffassung wandte sich insbesondere das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 5 S. 8: „Es kann nicht bloß von einer fingierten Dauer der Gesellschaft gesprochen werden“.

Weiterhin sind noch bemerkenswert die sogen. Zwangsvertragstheorie von Behrend[2]) sowie die Theorie von Franken,[3]) welche beide eine völlig neue Gesellschaft, allerdings auf verschiedener Grundlage beruhend, entstehen lassen. Gegen Franken wandte

---

[1]) Goldmann, insbes. zu § 156 Nr. 1, 2; für das alte HGB. Wächter Bd. 2 S. 50; Brinkmann S. 188; Keyßner S. 328; ROHG. Bd. 9 S. 84, Bd. 10 S. 61, 89.

[2]) Behrend Bd. 1 § 81 Anm. 16.

[3]) Franken S. 143.

sich insbesondere Pappenheim in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 38 S. 589.

Den vorstehenden Theorien ist indes nicht beizutreten. Das Gesetz begreift unter Auflösung der Gesellschaft nicht, daß die Gesellschaft untergeht und völlig zu existieren aufhört, sondern es läßt nur die produktive Seite der Gesellschaft, d. h. den Zweck, durch gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes Gewinn zu erzielen, beendigt werden. Im übrigen aber bleibt die Gesellschaft nach innen wie nach außen fortbestehen; es bleiben unverändert sowohl die Rechte und Pflichten der alten Gesellschaft[1]) wie die Personeneinheit[2]) und die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens.[3])

Auch die Firma bleibt unverändert, da nur im Interesse Dritter der Zusatz „in Liquidation" hinzugefügt wird, mit dem sich aber keine weiteren rechtlichen Folgen verbinden.[4])

Von einem Aufhören der Existenz der Gesellschaft kann erst die Rede sein mit der Beendigung der Liquidation, „nachdem jedes vermögensrechtliche Substrat beseitigt ist".[5]) Diese Auffassung von dem Wesen der

---

[1]) ERG. Bd. 15 S. 104, Bd. 16 S. 102, Bd. 24 S. 70/71.

[2]) ERG. Bd. 16 S. 1.

[3]) ERG. Bd. 25 S. 256 ff., Bd. 54 S. 281; RG. in JurW. 1900 S. 413, 9; Cosack S. 517; OLG. Hamburg in Rechtspr. 1907 Bd. 1 S. 370.

[4]) ERG. Bd. 15 S. 105; Staub § 153 Anm. 1.

[5]) ERG. Bd. 41 S. 95; OLG. Hamburg in Rechtspr. 1907 Bd. 1 S. 370.

„zwar in Auflösung begriffenen“,[1]) aber noch fortbestehenden Gesellschaft, die sogen. Identitäts- oder Kontinuitätstheorie, ist denn auch neuerdings von Theorie und Praxis allgemein angenommen worden.[2]) Die Liquidation erfolgt „im Augenblick der Auflösung“, und zwar, „ohne daß die Gesellschafter es gewollt haben“,[3]) „von Rechts wegen“.[4]) Sie tritt nicht, wie Goldmann[5]) dies meint, deshalb ein, weil die Gesellschafter sie gewollt, sondern weil sie keine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, wie überhaupt die Folgen jeder dispositiven Rechtsvorschrift von Rechts wegen eintreten.[6]) Erfolgt nun ein Erlöschen der Gesellschaft hinsichtlich ihrer produktiven handeltreibenden Seite, so ist es naturgemäße Folge, daß auch die gesetzlichen Bestimmungen insoweit entfallen, als sie zur Regelung eben des Handelsbetriebes nach innen wie nach außen dienen.

Nach innen verliert das Konkurrenzverbot des § 112 HGB. seine Bedeutung, und die dem Gesellschafter zu-

---

[1]) Staub-Hachenburg zu § 60 Anm. 1.

[2]) ERG. Bd. 32 S. 256, Bd. 34 S. 362; JurW. 1900 S. 413 Nr. 9, 1901 S. 654 Nr. 13; KGJ. Bd. 27 A. S. 276; KG. in Rechtspr. 1903 Bd. 1 S. 353; Staub zu § 145 Anm. 3; Cosack S. 517; Staudinger zu § 730 Anm. 1.

[3]) Staub zu § 145 Anm. 6.

[4]) Cosack S. 560.

[5]) Goldmann zu § 145 Nr. 13.

[6]) A. A. Müller S. 28 Anm. 51.

stehende Geschäftsführungsbefugnis, soweit sie sich auf den „gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes“ erstreckt, wird gegenstandslos; nach außen hin ist kein Raum mehr für eine weitgehende Vertretungsmacht, wie sie das Gesetz während des Bestehens der Gesellschaft vorsieht, sondern nur mehr für eine beschränkte, den Liquidationszwecken dienende Vertretungsmacht.[1])

Mit dem Erlöschen der Vertretungsmacht und der Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter aber würde die Gesellschaft ohne verwaltende und bevollmächtigte Organe sein. Diesen offensichtlich unmöglichen Zustand zu beseitigen, ist der Zweck der Liquidatoren, denn die Liquidatoren sind, wie wir unten näher sehen werden, die Vertreter und Geschäftsführer der liquidierenden Gesellschaft.[2])

Die Liquidation bezweckt die Umwandlung des Gesellschaftsvermögens in Geld, die Einziehung der Forderungen und die Zahlung der Schulden der Gesellschaft sowie die Teilung eines etwaigen Überschusses an Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter. Sie dient keineswegs der Sicherung der Gesellschaftsgläubiger, vielmehr einzig dem Interesse der früheren Gesellschafter. So haben denn auch die Gläubiger mangels der besonderen Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 HGB. weder das Recht Liquidation der Gesellschaft zu verlangen,

---

[1]) K. Lehmann S. 324.

[2]) Behrend S. 571.

noch auch haben sie auf die Abwicklung des Verfahrens selbst irgendwelchen Einfluß.[1]) Dagegen ist es ein durch Klage gegen die Mitgesellschafter erzwingbares und unentziehbares Recht jedes einzelnen früheren Gesellschafters, daß das Abwicklungsverfahren der Gesellschaft im Wege der Liquidation erfolgt.[2])

---

[1]) ROHG. Bd. 16 S. 287, 288, Bd. 24 S. 144, 146.

[2]) ROHG. Bd. 22 S. 204; Staub § 145 Anm. 6.

Kapitel 1.

I. Beginn und Ende des Amtes der Liquidatoren.

I. Die Bestellung der Liquidatoren.

§ 2.

a) Die geborenen Liquidatoren.

Das Gesetz kennt in § 146 HGB. drei Arten von Liquidatoren, solche kraft Gesetzes, solche kraft Bestellung durch die Gesellschafter und solche kraft richterlicher Ernennung, oder, wie Keyßner sie kurz und verständlich nennt, geborene, gekorene und ernannte Liquidatoren.

Geborene Liquidatoren sind die sämtlichen bisherigen Gesellschafter, also auch diejenigen, welche zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft von der Vertretung und Geschäftsführung etwa ausgeschlossen waren. Gleichgültig ist hierbei auch, aus welchem Grunde die Gesellschaft aufgelöst wird, und insbesondere wird dem Gesellschafter, dessen Gläubiger in Gemäßheit des § 135 HGB. die Gesellschaft gekündigt hat, dadurch sein Liquidatorenamt nicht genommen. Die Eigenschaft als Liquidator ist vielmehr eine Folge der Gesellschaftereigenschaft.

Es findet daher der im § 114 Abs. 1 HGB. ausgesprochene Grundsatz auch noch nach der Auflösung der Gesellschaft Anwendung und ist die Ausübung des Liquidatorenamtes nicht nur das Recht sondern auch die Pflicht eines jeden Gesellschafters. Das Gesetz sagt dies deutlich mit den Worten: „Die Liquidation erfolgt ... durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren".[1])

Dieser Pflicht kann sich der Gesellschafter bei Vermeidung von Schadensersatzansprüchen weder durch Übertragung auf einen anderen noch auch durch Abtretung der Liquidationsquote entziehen.[2]) Wenngleich zwar der Gesellschafter sich nicht durch „freigewählte Bevollmächtigte"[3]) als Liquidatoren vertreten lassen kann, wird man doch annehmen müssen, daß er analog § 712 Abs. 2 BGB. bei Vorliegen eines wichtigen Grundes Befreiung nicht nur von der Geschäftsführung, sondern auch von der Vertretung verlangen kann. Damit aber würde er auch die Übernahme des Liquidatorenamtes vernünftigerweise von vornherein ablehnen dürfen.[4])

An die Stelle eines geschäftsunfähigen oder in

---

[1]) Endemann S. 415; Staub § 146 Anm. 5; Goldmann § 146 Nr. 11; ERG. Bd. 15 S. 82; a. A. Behrend § 81 Anm. 23 und Renaud S. 540.

[2]) Lehmann-Ring § 146 Nr. 1.

[3]) Keyßner S. 334.

[4]) Staub § 146 Anm. 5; Goldmann § 146 Nr. 11; Lehmann-Ring § 146 Nr. 1; Staudinger § 712 Anm. 3; a. A. Müller S. 36.

der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gesellschafters tritt dessen gesetzlicher Vertreter.

Hatten juristische Personen an der aufgelösten Gesellschaft teil, so werden sie im Liquidationsstadium durch ihre Repräsentanten vertreten. Zwar findet sich im § 146 HGB. nicht wie im Art. 133 alten HGB. eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung, indes von der besonderen Festsetzung ist nur deshalb Abstand genommen worden, weil sie als überflüssig erschien.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter, Vormünder, Pfleger usw. vorhanden, so haben sie das Liquidatorenamt, sofern nicht das Vormundschaftsgericht das Liquidatorengeschäft einem einzelnen überwiesen hat, gemeinschaftlich zu führen (§ 1797 Abs. 1 u. 2 BGB.); sie gelten dann als ein Liquidator.[1]) Das Gleiche hat für eine Mehrheit von Repräsentanten einer juristischen Person zu gelten.

Ist ein Gesellschafter verstorben oder verstirbt er während der Liquidation, so tritt sein Erbe an seine Stelle.[2]) Sind mehrere Erben vorhanden, so haben sie einen gemeinsamen Vertreter als Liquidator zu bestellen (§ 146 Abs. 1 Satz 2 HGB.). Der Grund für diese Bestimmung ist darin zu suchen, daß die bisherigen Mitgesellschafter nicht dadurch benachteiligt werden dürfen, daß an Stelle des einen Mitgesellschafters etwa ein

---

[1]) Lehmann-Ring § 146 Nr. 1.

[2]) Prot. S. 4829; Lehmann-Ring § 146 Nr. 1.

Dutzend Erben eintreten, die durch Uneinigkeit womöglich gar die Auseinandersetzung erschweren und kostspielige Streitigkeiten herbeiführen.[1]) Zum gemeinsamen Vertreter kann sowohl ein Miterbe als auch jeder beliebige Dritte bestellt werden.

Für den Fall, daß die Erben sich weigern, der Pflicht zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nachzukommen, entsteht die Frage, welches die Rechtsfolgen dieser Weigerung sind.

Als Folge seines oben bekämpften Standpunktes, daß eine Verpflichtung zur Übernahme des Liquidatorenamtes nicht einmal für den Gesellschafter, geschweige denn für seinen Erben bestehe, meint Behrend,[2]) ein Zwang zur Bestellung finde nicht statt, ebensowenig könne richterliche Ernennung erfolgen, es bestehe ein Druck auf die Erben nur insoweit, als sie ohne die Bestellung zur Liquidation nicht zuzulassen seien.

Keyßner[3]) und Makower[4]) sehen im Weigerungsfalle zwar die Möglichkeit richterlicher Ernennung eines Vertreters, nicht aber eines besonderen Zwanges gegen die Erben.

Richtig gibt demgegenüber die überwiegende Literatur jedem einzelnen Gesellschafter die Befugnis, wie von seinem Mitgesellschafter, so auch von dessen Erben

---

[1]) Hergenhahn S. 321.

[2]) Behrend § 81 Anm. 20.

[3]) Keyßner S. 335.

[4]) Makower § 146 Anm. I, 2.

die gesetzlich vorgeschriebene Mitwirkung bei dem Liquidationsgeschäft durch Klage zu erzwingen. Daneben gibt sie ihm noch das Recht, die richterliche Ernennung eines solchen Erbenvertreters zu erwirken,[1]) indem ja die Möglichkeit, daß die Weigerung die Liquidation verzögern würde, den zur Ernennung erforderlichen wichtigen Grund bildet. Das Alles hat auch dann zu gelten, wenn die Erben in pflichtwidriger Weise eine völlig unfähige Person zum gemeinsamen Liquidator bestellen würden.[2])

Von einer Bestellungspflicht der Erben kann naturgemäß dann keine Rede sein, wenn die Erben nach dem Tode des erblassenden Gesellschafters die Gesellschaft gemäß § 139 HGB. fortgesetzt haben, da die Erben dann ja selbst Mitgesellschafter und gesetzliche geborene Liquidatoren geworden sind.[3])

Die geborenen Liquidatoren treten eo ipso, und zwar im Augenblicke der Auflösung der Gesellschaft stets dann in Wirksamkeit, wenn nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen die Liquidation übertragen ist. Im Augenblicke der Auflösung sagen wir, denn wie wir oben gesehen haben, tritt von Rechts wegen die Liquidation in diesem Zeitpunkte ein,

---

[1]) Staub § 146 Anm. 4; Lehmann-Ring § 146 Nr. 1; Goldmann § 146 Nr. 16.

[2]) Goldmann § 146 Nr. 15 u. 18.

[3]) Lehmann-Ring § 146 Nr. 1.

sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart ist. Das Gesetz sagt nicht etwa: „vereinbart werden sollte“ oder „beabsichtigt ist“. Es erfolgt aber die Liquidation gemäß § 146 Abs. 1 HGB., sofern die Liquidation nicht . . . übertragen ist . . . durch die Gesamtheit der Gesellschafter.[1])

Die sämtlichen Gesellschafter werden ferner zu Liquidatoren, falls der erkorene einzige Liquidator durch Tod, Unfähigkeit, Ablehnung des Amtes oder durch Abberufung fortfällt.

Sind mehrere Liquidatoren erkoren und fällt nur der eine oder andere von ihnen aus den obenerwähnten Gründen fort, so muß man unterscheiden, ob die Liquidatoren Gesamt- oder Einzelvollmacht hatten. Im ersteren Falle wird man die Kollektivvollmacht als erloschen ansehen müssen und damit die Gesellschafter als Liquidatoren eintreten lassen, im letzteren Falle wird der Wegfall die Vollmacht der übrigen Liquidatoren nicht berühren.[2])

Die mangels besonderer Umstände geschehene Berufung der sämtlichen Gesellschafter zu Liquidatoren, welche durch die nach der Auflösung bestehende Interessenkollision erforderlich wird, schützt nun zwar in weitgehendstem Maße die Interessen eines jeden einzelnen Gesellschafters, gestaltet aber die Verwaltung

---

[1]) A. A. Kräwell in Buschs Arch. Bd. 4 S. 60.

[2]) Müller S. 31.

der Masse selbst schwerfällig. Dieser Übelstand hat sich indes in der Praxis als ein glücklicher erwiesen, indem er zur Einigung und zur vertragsmäßigen Bestellung von Liquidatoren gedrängt hat,[1]) an Stelle einer übergroßen Zahl, vielleicht wenig kundiger geborener, einige wenige, aber sachverständige gekorene Liquidatoren brachte.

§ 3.

b) Die gekorenen Liquidatoren.

Gekorene Liquidatoren sind diejenigen, welche durch den Willen der Gesellschafter mit der Liquidation betraut sind. Dieser Wille kann in doppelter Weise erklärt werden, einmal durch im Gesellschaftsvertrag erfolgte Festsetzungen, dann aber auch durch Beschluß der Gesellschafter (§ 146 Abs. 1 Satz 1 HGB.).

Unter Gesellschaftsvertrag ist sowohl der ursprüngliche Vertrag als auch eine nachträglich während des Bestehens der Gesellschaft getroffene Vereinbarung zu verstehen, sofern dieselbe entweder gemäß § 119 Abs. 1 HGB. einstimmig gefaßt ist oder aber durch eine den Vorschriften und Voraussetzungen des Abs. 2 dieses Paragraphen entsprechende Majorität.

Der Ansicht Goldmanns,[2]) Cosacks und

---

[1]) Keyßner S. 335.

[2]) Goldmann § 146 Nr. 4; Cosack § 110 Anm. 1a; Makower § 119 Anm. 1.

Makowers, daß eine Änderung des ursprünglich geschlossenen Gesellschaftsvertrages stets Einstimmigkeit erfordere, ist nicht beizutreten.

Zwar verlangt das Gesetz dem Grundgedanken nach Übereinstimmung aller Gesellschafter, indes die Bestimmung des § 119 HGB. ist eben nur dispositiver Natur. Souverän ist der Wille der Gesellschafter selbst, und es ist nicht einzusehen, warum dieser Wille des Gesellschaftsvertrages für spätere Zusätze und Veränderungen nicht statt der dispositiven verlangten Einstimmigkeit Stimmenmehrheit bestimmen könnte.[1])

Bei der Wichtigkeit der Materie wird denn auch der Gesellschaftsvertrag regelmäßig über die Liquidation und die Bestellung der Liquidatoren Bestimmungen enthalten. Vorsorglich hat aber für den Fall, daß der Gesellschaftsvertrag solche Bestimmungen nicht enthalten sollte, das Gesetz noch die Bestimmungen getroffen, daß eine Ernennung von Liquidatoren auch noch durch Beschluß der Gesellschafter stattfinden könne.

Ein derartiger Beschluß wird, da es sich um einen nach Auflösung der Gesellschaft gefaßten Beschluß handelt, der Einstimmigkeit bedürfen. Denn dem Grundgedanken nach verlangt ja das Gesetz schon bei Bestehen der Gesellschaft Einstimmigkeit, und muß dies um so mehr nach Auflösung tun, als ja gerade die

---

[1]) ERG. Bd. 38 S. 121; Staub § 119 Anm. 5; Lehmann-Ring § 119 Nr. 3.

Auflösung die individuellen Rechte des einzelnen Gesellschafters, die bis dahin vor dem Rechte der Gesamtheit zurücktreten mußten, wieder aufleben läßt.

Die Worte „Beschluß der Gesellschafter“ sind nicht wörtlich auszulegen, sondern es sind unter Gesellschaftern auch deren gesetzliche Vertreter und Rechtsnachfolger zu verstehen.[1])

Mehrere Erben haben auch hier einen gemeinschaftlichen Vertreter zur Ausübung ihres Stimmrechts zu bestellen. Zu Unrecht wollen Staub[2]) und Müller[2]) hier nicht die Spezialbestimmung des § 146 Abs. 1 Satz 2 HGB. gelten lassen, sondern die allgemeinen Grundsätze über Vertretung der Erbengemeinschaft und damit § 2038 BGB., nach welch letzterem jeder Miterbe die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßregeln ohne die Mitwirkung der anderen treffen kann. Denn abgesehen davon, daß man im Hinblick auf den event. Eintritt der geborenen Liquidatoren die Beteiligung der Erben an der Beschlußfassung wohl kaum als eine „zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel“ auffassen kann, sprechen für unsere Auffassung der Wortlaut des Gesetzes sowohl wie praktische Erwägungen.

Hätte das Gesetz die Bestimmung des § 146 Abs. 1 Satz 2 HGB. nur für den Fall eines Eintretens der geborenen Liquidatoren treffen wollen, so hätte es dieses

---

[1]) Staub § 146 Anm. 1.

[2]) Staub a. a. O.; Müller S. 30; v. Hahn § 133 Anm. 11.

unseres Ermessens hervorheben müssen, z. B. durch den einfachen Zusatz . . . einen gemeinsamen Vertreter „zum Liquidator“ zu bestellen. Insbesondere aber bleiben die praktischen Erwägungen, die den Gesetzgeber zu der Forderung eines gemeinsamen Erbenvertreters als Liquidator bestimmt haben, auch hier bestehen. Denn auch hier könnte eine Vielheit von Erben sehr leicht die nützliche Bestellung von bestimmten Liquidatoren, die Erteilung von Einzelvollmacht an die Liquidatoren usw. hindern, ohne daß ein hinreichend wichtiger Grund zum Eingreifen des Richters gegeben wäre.[1])

Zum Liquidator erwählen kann nun der Gesellschaftsvertrag oder der nach Auflösung gefaßte Beschluß in souveräner Weise jede beliebige Person. Die Wahl kann sowohl auf einen einzelnen als auch auf mehrere Gesellschafter fallen, als auch auf dritte, der Gesellschaft fernstehende Personen; selbst die Gesellschaftsgläubiger oder ein Ausschuß dieser können zu Liquidatoren erkoren werden.[2])

Im Gegensatz zu dem geborenen gesetzlichen kann der erkorene Liquidator die auf ihn gefallene Wahl willkürlich ablehnen; nur ein Gesellschafter, dessen Bestellung im Gesellschaftsvertrage bereits vorgesehen und vereinbart ist, wird die späterhin wirklich eintretende Wahl nicht mehr ablehnen können.[3])

---

[1]) Hergenhahn S. 323.

[2]) ROHG. Bd. 9 S. 215.

[3]) Lehmann-Ring § 146 Nr. 2.

§ 4.

c) Die ernannten Liquidatoren.

§ 146 Abs. 2 HGB. bestimmt: „Auf Antrag eines Beteiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören."

Abhängig ist somit die richterliche Ernennung von Liquidatoren zunächst vom Antrage eines Beteiligten; ein Einschreiten von Amts wegen ist nicht gegeben.

Zu den Beteiligten gehören in erster Linie wiederum die sämtlichen Gesellschafter, der gemeinsame Vertreter der Erben eines solchen, ferner der gesetzliche Vertreter sowie der Privatgläubiger eines Gesellschafters, welcher gemäß § 135 HGB. die Gesellschaft gekündigt hat, endlich der Konkursverwalter eines Gesellschafters.

Außer diesen Personen aber steht das Antragsrecht Niemandem zu, insbesondere auch nicht dem Zessionar eines Gesellschafters oder einem Gesellschaftsgläubiger.

Der Antrag kann gestellt werden sowohl vor dem Eintritt der Liquidation als auch nach deren Einleitung durch andere Liquidatoren, naturgemäß jedoch nur bis zur Beendigung des Liquidationsverfahrens.[1])

Weiterhin setzt die richterliche Ernennung voraus, daß ein wichtiger Grund vorliegt. Ob im einzelnen

[1]) Makower § 146 Anm. Ia, 1; Buschs Arch. Bd. 6 S. 39.

Falle der Richter einen Grund für wichtig ansieht, unterliegt seinem freien Ermessen.

Im allgemeinen wird man als wichtig solche Gründe erachten müssen, welche die Besorgnis rechtfertigen, daß ein den Zweck der Abwicklung förderndes, gedeihliches Wirken durch die geborenen oder gekorenen Liquidatoren nicht stattfinden werde.[1])

Die Ernennung selbst kann erfolgen einmal in der Weise, daß etwaige frühere gesetzliche oder erkorene Liquidatoren abberufen und statt deren andere Liquidatoren bestellt werden, sodann aber, daß neben früheren eine Ernennung neuer Liquidatoren stattfindet.[2])

In der Auswahl der zu ernennenden Liquidatoren ist der Richter völlig frei. Er kann insbesondere auch im Gegensatz zu den im Antrag gewünschten Personen andere dem Antragsteller nicht genehme Personen ernennen. Ja selbst der entgegen dem einstimmig gestellten Antrage vom Richter Ernannte wird, vorbehaltlich seiner Annahme, Liquidator im Augenblicke seiner Ernennung[3]) und bleibt es, bis die Beteiligten gemäß § 147 HGB. von ihrem Abberufungsrechte Gebrauch gemacht haben.[4]) Natürlich wird das Gericht stets be-

---

[1]) ROHG. Bd. 9 S. 32/33; KGJ. Bd. 32 A S. 129ff.; Goldmann § 146 Nr. 3; Keyßner S. 336 Nr. 1—3.

[2]) Staub § 146 Anm. 10.

[3]) ROHG. Bd. 16 S. 66; RG. in Holdheim 1904 S. 166.

[4]) A. A. Lehmann-Ring § 146 Nr. 3; Keyßner S. 339.

gründeten Wünschen der Antragsteller oder sonstiger Beteiligten Rechnung tragen, schon um eine im Falle der Abberufung seitens der Beteiligten event. nochmals erforderliche Ernennung von Liquidatoren zu vermeiden.

Der zu Ernennende muß indes mit der gerichtlichen Bestellung einverstanden sein bezw. die getroffene Bestellung annehmen. Denn die Ernennung ist dahin zu charakterisieren, daß der Richter namens und für die Gesellschaft dem Ernannten die Offerte der Übernahme des Liquidatorenamtes macht, der Vertrag selbst durch die Annahme des Genannten zustande kommt.[1]) Einer Annahmepflicht des vom Richter Bestellten fehlt daher, wie das Kammergericht ausführt, jede gesetzliche Grundlage. Besteht eine privatrechtliche Verbindlichkeit wie Gesellschafts- oder Dienstvertrag, so steht deren Durchführung nicht dem Registerrichter zu, sondern ist von den Privatbeteiligten im Prozeßwege zu verfolgen.[2])

Der ernannte Liquidator unterscheidet sich übrigens wegen der geschehenen Ernennung als solcher von den geborenen und erkorenen Liquidatoren in keiner Weise. So ist er keineswegs ein Beamter des Gerichts und kann ihm dieses keinerlei besondere Anweisung über sein Tun und Lassen geben.[3]) Auch verantwortlich für

---

[1]) Goldmann § 295 Nr. 6; Lehmann-Ring § 295 Nr. 5.

[2]) Lehmann-Ring § 146 Nr. 3; KGJ. Bd. 8 S. 269.

[3]) ERG. Bd. 12 S. 33/34; KGJ. Bd. 6 S. 131; Staub § 146 Anm. 10.

sein Handeln ist er nicht dem Richter, sondern den Gesellschaftern.

Örtlich zuständig für die Ernennung ist das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschzft ihren Sitz hat, d. h. von wo aus die kaufmännische Leitung erfolgt.[1]) Ein Mangel dieser Zuständigkeit hat jedoch auf die Gültigkeit der einmal getroffenen Ernennung keinen Einfluß (§ 7 FGG.).

Über die sachliche Zuständigkeit und das Verfahren selbst trifft das Handelsgesetzbuch keinerlei Bestimmungen. Nur die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch sagt, daß über die Ernennung von Liquidatoren im Streitfalle nicht im Prozeß, sondern im einfachen Beschlußverfahren entschieden werden, und daß das Weitere dem Gesetz betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit vorbehalten bleiben solle. Dementsprechend bestimmt denn auch § 145 FGG.:

„Die Amtsgerichte sind zuständig für die nach §§ 146 Abs. 2, 147 HGB. von dem Gerichte zu erledigenden Angelegenheiten".

Mit dieser klaren gesetzlichen Regelung hat der alte Streit in Theorie und Praxis, ob die Ernennung überhaupt ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2]) oder aber ein Fall einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im

---

[1]) Lehmann-Ring § 146 Nr. 2.

[2]) So Keyßner S. 336; Behrend S. 569 Anm. 22; Renaud S. 542.

Sinne des § 13 GVG. sei,[1]) seine Entscheidung gefunden.[2]) Der Grund dafür, daß der Gesetzgeber die Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen hat, ist darin zu finden, daß, wie schon Puchelt und Renaud[3]) betonten, der Streit regelmäßig einer schleunigen Erledigung dringend bedarf.

Sachlich zuständig ist also als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Amtsgericht.[4])

Vor der Beschlußfassung hat gemäß §§ 145, 146 FGG. das Amtsgericht, wenn tunlich, den Gegner zu hören, falls ein solcher überhaupt vorhanden ist. Regelmäßig wird hier der eine oder andere der Beteiligten mit der beantragten Liquidatorenernennung nicht einverstanden sein — sonst wird ja meist ein Beschluß gemäß § 146 Abs. 1 HGB. ergehen — und als Gegner des Antragstellers erscheinen, oder aber der Antrag bezweckt nicht nur die Ernennung des einen, sondern auch die Abberufung eines anderen Liquidators, welch letzterer naturgemäß als Gegner auftritt.

Die Anhörung des Gegners durch das Gericht hat, falls tunlich, stets und ohne Rücksicht auf die Zweck-

---

[1]) So ERG. Bd. 12 S. 155, Bd. 45 S. 399; Cosack 4. Aufl. S. 562; Staub 3. Aufl. S. 208; Makower 8. Aufl. S. 180; Endemann S. 419.

[2]) Staub § 146 Anm. 9; Raußnitz § 145 Anm. 1; Schultze-Görlitz § 145 Vorbem.; KGJ. Bd. 27 A S. 222 ff.

[3]) Puchelt S. 226; Renaud S. 542.

[4]) RG. in JurW. 1901 S. 754 Nr. 13; KGJ. Bd. 32 A S. 132.

mäßigkeit zu geschehen. Ein Nichthören trotz Tunlichkeit führt zwar keine Nichtigkeit der gerichtlichen Ernennung herbei, da das Gesetz nur „hat zu hören", nicht aber „muß hören" sagt,[1]) gibt jedoch gemäß § 20 FGG. einen Beschwerdegrund ab. In welchen Fällen die Anhörung tunlich ist, bleibt dem freien richterlichen Ermessen vorbehalten und ist Tatfrage.[2])

Gegen die auf den Antrag selbst hin ergehende Verfügung findet das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statt (§ 146 Abs. 2 FGG.).

Neben dem in §§ 145, 146 FGG. geordneten Verfahren ist auch, falls die Voraussetzungen des § 935 ZPO. gegeben sind, eine Ernennung durch einstweilige Verfügung für zulässig zu erachten, welche Ansicht, wenn auch aus zum Teil verschiedenen Gründen, in der Literatur und der Praxis der Gerichte allgemein anerkannt wird.[3]) Sachlich zuständig ist wiederum als Gericht der Hauptsache (§ 937 ZPO.) das Amtsgericht.[4])

Das Amt der erkorenen und ernannten Liquidatoren beginnt mit der vollzogenen Wahl bezw. Ernennung,

---

[1]) Schultze-Görlitz § 146 Anm. Ib.

[2]) Beispiele hierfür s. Goldmann § 146 Nr. 37.

[3]) Staub § 146 Anm. 9; Makower § 146 Anm. III a 2; Lehmann-Ring § 146 Nr. 3; K. Lehmann S. 326 Anm. 2; Marcus in Holdheim Bd. 14 S. 300 f.; KG. in KGJ. Bd. 23 A S. 105 und Rechtspr. Bd. 7 S. 152.

[4]) RG. in Jur. W. 1901 S. 754 Nr. 13; OLG. Dresden in Rechtspr. Bd. 5 S. 202; OLG. Celle im Recht 1905 S. 2.

vorbehaltlich jedoch, wie schon oben erwähnt, der Annahme, welch letztere sowohl durch ausdrückliche Erklärung als stillschweigend, z. B. durch Vornahme einer Liquidationshandlung geschehen kann.

Die Eintragung in das Handelsregister, welche § 148 Abs. 1 u. 2 sowohl für die geborenen wie gekorenen als auch ernannten Liquidatoren verlangt, ist für den Beginn des Liquidatorenamtes ohne Bedeutung; sie wirkt nicht konstitutiv, sondern nur rechtsbestärkend.[1])

Besteht Streit darüber, wer zum Liquidator berufen ist, so kann das Registergericht sowohl gemäß § 127 FGG. unter event. Fristsetzung zur Klageerhebung im Prozeßwege die Eintragungsverfügung aussetzen, als auch selbst entscheiden und eintragen.[2])

Zur Anmeldung der Liquidatoren sind die sämtlichen Gesellschafter verpflichtet, nicht der Liquidator als solcher (§ 148 Abs. 1 HGB.). Zur Befolgung dieser Vorschrift kann das Gericht die Gesellschafter durch Ordnungsstrafen anhalten (§ 14 HGB.; §§ 132, 133 FGG.).

Zweck der Eintragung ist der Schutz gutgläubiger Dritter (§ 15 HGB.), wie auch die Vorschrift des § 148 Abs. 3 HGB., daß die Liquidatoren die Firma, d. i. also die Liquidationsfirma nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen haben, diesem Zwecke dient.

---

[1]) Cosack S. 518; RG. in Holdheim 1904 S. 168; ROHG. Bd. 22 S. 204; Staub § 148 Anm. 6.

[2]) Staub § 148 Anm. 1; Makower § 148 Anm. I.

§ 5.

2. Die Abberufung der Liquidatoren.

§ 147 HGB. bestimmt:

> „Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2 u. 3 Beteiligten; sie kann auf Antrag eines Beteiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen".

Der Abberufung unterliegt, da das Gesetz einfach ohne jede Ausnahmesetzung von „Liquidatoren" spricht, jede Art von Liquidatoren.[1])

Die „Abberufung" begreift in sich eine Entziehung der dem Liquidator zustehenden Vertretungsmacht, und zwar sowohl eine totale Entziehung als auch eine Einschränkung durch Ernennung von Mitliquidatoren als Gesamtvertreter oder aber durch Widerruf der bis dahin bestanden habenden Einzelvertretungsmacht.[2])

Die Abberufung liegt regelmäßig im freien Belieben der Beteiligten. Denn gemäß § 168 BGB. ist die Vollmacht auch bei Fortbestehen des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses jederzeit widerruflich, sofern sich nicht aus dem letzteren selbst ein anderes ergibt. Ein

---

[1]) Staub § 147 Anm. 2; Lehmann-Ring § 147 Nr. 1; vgl. § 66 Abs. 3 Satz 2 d. Ges. betr. die G. m. b. H.

[2]) ROGH. Bd. 20 S. 11, Bd. 21 S. 142; Staub § 147 Anm. 1; Makower § 147 Anm. Ia; Keyßner S. 340; a. A. Lehmann-Ring § 147 Nr. 1.

solches, die freie Widerruflichkeit beschränkendes Rechtsverhältnis liegt aber insbesondere dann vor, wenn die Vollmacht nicht sowohl — oder doch nicht ausschließlich — im Interesse des Vollmachtgebers als des Bevollmächtigten selbst gegeben wird. Das würde z. B. der Fall sein, wenn mit der Liquidation der stark verschuldeten Gesellschaft die Gesellschaftsgläubiger betraut würden.[1]) Anderer Ansicht sind Jerschke[2]) sowie Lehmann-Ring,[3]) welch letzterer in unzutreffender Weise nach Analogie des Prokuristen den Liquidator jederzeit und ausnahmslos für abberufbar erachtet.

Ein vertraglicher Verzicht auf das Recht jederzeitiger Abberufung ist — vorbehaltlich § 168 BGB. — ohne jede rechtliche Wirkung.[4]) Völlig unabhängig hiervon ist allerdings die Frage, ob aus der Nichteinhaltung der etwa übernommenen Vertragsverpflichtungen der Gesellschaft dem willkürlich entlassenen Liquidator gegenüber eine Schadensersatzpflicht erwächst. Dies vielmehr richtet sich nach der Natur des Vertrages und ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen.[5])

---

[1]) Staub § 147 Anm. 2; Goldmann § 147 Nr. 4; Planck § 168 Anm. 2.

[2]) Jerschke S. 47.

[3]) Lehmann-Ring § 147 Nr. 1.

[4]) Derselbe a. a. O.; Makower § 147 Anm. IIa; ROHG. Bd. 23 S. 330.

[5]) Lehmann-Ring a. a. O.; Makower § 147 Anm. Ia; ROHG. Bd. 23 S. 328.

Bei dem Abberufungsbeschlusse hat insbesondere auch der Liquidator selbst mitzuwirken, falls er Gesellschafter oder Beteiligter ist.[1]) Ein solcher Liquidator kann somit ohne seinen Willen durch Beschluß der Beteiligten überhaupt nicht abberufen werden, während andererseits ein sonstiger Liquidator an der Beschlußfassung keinerlei Anteil hat.

Kommt zwischen den Beteiligten keine Einigung über die Abberufung zustande, so bleibt als letztes Mittel der Antrag auf Abberufung durch das Gericht. Materielle Grundlage für diesen Antrag und ein Eingreifen des Gerichts ist — analog dem Verfahren bei der Ernennung — ein Antrag seitens eines Beteiligten sowie das Vorhandensein eines wichtigen Grundes.[2])

Ist der Liquidator selbst Beteiligter, so wird er aus wichtigen Gründen auch selbst seine Abberufung beim Gerichte beantragen können. Ob ihm dieses Recht zusteht, falls er nicht Beteiligter ist, ist zwar bestritten, wird jedoch im Hinblick auf den klaren Wortlaut des Gesetzes zu verneinen sein.[3])

---

[1]) ROHG. Bd. 20 S. 12/13.

[2]) vgl. ROHG. Bd. 9 S. 32/33; dagegen wohl mit Recht Staub § 147 Anm. 6 und KGJ. Bd. 32 A S. 134; vgl. ferner Buschs Arch. Bd. 6 S. 39; Striethorsts Arch. Bd. 57 S. 53; RG. in JurW. 1897 S. 291 Nr. 14.

[3]) Makower § 147 Anm. III; Lehmann-Ring § 147 Nr. 2; a. A. Staub § 147 Anm. 7; a. A. auch für den Liquidator, der Beteiligter ist, Goldmann § 147 Nr. 8.

Im Streitfalle ist Gegner des Antragstellers der Liquidator; ist dieser selbst der Antragsteller, so sind als Gegner die übrigen Beteiligten anzusehen.[1]) Beiden Parteien steht damit auch das Beschwerderecht aus den §§ 20 Abs. 1 u. 146 Abs. 2 FGG. zu.

Auch in formeller Hinsicht unterliegt das Abberufungsverfahren den für das Ernennungsverfahren geltenden Grundsätzen,[2]) und kann auch die Abberufung durch einstweilige Verfügung ausgesprochen werden.[3])

Die Abberufung kann vom Gerichte nur in dem oben erläuterten generellen Sinne angeordnet werden, nicht aber kann der Richter für einen Einzelfall die Vollmacht des Liquidators aufheben, ihm einen Mitliquidator zur Seite stellen. Ein dahingehender Antrag würde abzuweisen sein;[4]) eine einstweilige Verfügung würde jedoch vom Richter erlassen werden können.[5])

Außer durch Abberufung findet das Liquidatorenamt sein Ende im Augenblicke eines sonst begründeten Erlöschens der Vertretungsmacht, so durch den Tod und den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Liquidators.

Zumeist endlich wird das Liquidatorenamt sein

---

[1]) Goldmann § 147 Nr. 10; Staub § 147 Anm. 2, 4.

[2]) OLG. Celle im Recht 1905 S. 2; Staub § 147 Anm 4; Makower § 147 Anm. III.

[3]) ERG. Bd. 29 S. 357, Bd. 30 S. 321.

[4]) ERG. Bd. 12 S. 33; Staub § 147 Anm. 5.

[5]) Makower § 146 Anm. III a 3.

Ende finden mit der Anmeldung der Beendigung der Liquidation zum Handelsregister bezw. mit der tatsächlichen Beendigung.[1]) Außer in dem letzten Falle ist die Beendigung des Liquidatorenamtes als „Änderung in den Personen der Liquidatoren“ von den Gesellschaftern gemäß § 148 Abs. 1 HGB. zum Handelsregister anzumelden. Gemäß § 15 HGB. gilt der frühere Liquidator bis zur Eintragung noch als solcher und verpflichtet bezw. berechtigt die Gesellschaft durch sein Handeln.

---

[1]) OLG. Hamburg in Rechtspr. 1907 Bd. 1 S. 370; Bolze Bd. 22 Nr. 508.

Kapitel 2.

Die rechtliche Stellung der Liquidatoren.

§ 6.

I. Im allgemeinen.

Die Rechte und Pflichten der Liquidatoren legt das Gesetz in umfassender Weise in § 149 HGB. fest, der bestimmt:

„Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen; zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen. Die Liquidatoren vertreten innerhalb ihres Geschäftskreises die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich".

In zwei getrennten Sätzen charakterisiert damit das Gesetz den Inhalt der Stellung des Liquidators als Geschäftsführungsbefugnis bezw. Pflicht einerseits und Vertretungsmacht andererseits. Beide Rechtsbegriffe sind, wie nunmehr übereinstimmend in Theorie und Praxis angenommen wird, voneinander völlig verschieden und unabhängig.

Zunächst ergibt sich dies daraus, daß neben § 117 HGB., der einem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis entziehen läßt, § 127 HGB. — im Gegensatz zu Art. 101 alten HGB. — noch besonders bestimmt, daß dem Gesellschafter auch die Vertretungsmacht entzogen werden könne.

Ferner sind auch in den §§ 151, 152 HGB. die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht eines Liquidators in geradezu entgegengesetzter Weise geordnet.[1]) Während die erstere Befugnis alle auf die Führung der Gesellschaftsgeschäfte bezüglichen Handlungen umfaßt, soweit dabei das Verhältnis der Gesellschafter zueinander in Betracht kommt,[2]) ist die Vertretungsmacht das Recht, durch die Vornahme von Rechtshandlungen der Gesellschaft als solcher Dritten gegenüber Rechte zu verschaffen oder Pflichten aufzuerlegen.[3])

Zwar sind damit die Begriffe der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht als solche feststehend; es herrscht jedoch in der Literatur Streit darüber, welche dieser Befugnisse der Stellung des Liquidators wesentlich ist. So vertreten Renaud und Laband,[4])

---

[1]) vgl. Gesetz betr. die G. m. b. H. Abschn. 3 Überschrift.

[2]) Behrend S. 488.

[3]) Cosack S. 502; Staub § 114 Anm. 1; Lehmann-Ring § 114 Nr. 2; Goldmann § 114 Nr. 1; Makower § 114 I.

[4]) Renaud S. 547/48; Laband in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 10 S. 219.

allerdings aus teilweise verschiedenen Gründen, den Standpunkt, daß nur die Geschäftsführungsbefugnis für die Stellung des Liquidators wesentlich sei, und erachten Nöldeke, Lehmann-Ring und Goldmann[1]) Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht für gleich wesentlich.

Diese Auffassungen können aber im Gesetz keine Stütze finden. Zwar geht § 149 HGB., der ja hier vor allem in Betracht kommt, von den Geschäftsführungsaufgaben des Liquidators aus, so daß es fast den Anschein gewinnt, als sehe das Gesetz selbst die Geschäftsführungsbefugnis als das allein Wesentliche an. Dem ist indes nicht so. Zunächst bestimmt § 152 HGB., daß die Liquidatoren den Anordnungen, welche die gemäß § 146 Abs. 2—3 HGB. Beteiligten „in betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen", Folge zu leisten haben. Unter Geschäftsführung im Sinne dieses Paragraphen aber ist nur die innere Seite der Liquidatorenfunktionen, also nur die Geschäftsführungsbefugnis in dem oben entwickelten Sinne im Gegensatz zur Vertretungsmacht zu verstehen. Das ergibt sich sowohl aus der Fassung, das Gesetz spricht von „Anordnungen", als auch aus der Gegenüberstellung zu § 151 HGB., der seinerseits festsetzt, daß eine Beschränkung des

---

[1]) Nöldeke S. 24; Lehmann-Ring § 149 Nr. 1; Goldmann § 147 Nr. 8.

Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren Dritten gegenüber unwirksam ist.[1])

Aus den Bestimmungen der beiden Paragraphen ergibt sich damit, daß zwar die Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren beschränkt wie aufgehoben werden kann, eine Einschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugnisse der Liquidatoren aber Dritten gegenüber rechtlich wirkungslos ist. Weiterhin setzt auch der Gesetzgeber das Vorhandensein der Vertretungsmacht des Liquidators ohne weiteres voraus. Dies ergibt ein Vergleich der in Frage kommenden Bestimmungen zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft und zur Zeit der Liquidation. Denn während das Gesetz in den Paragraphen, in denen es von der gemäß § 127 HGB. entziehbaren Vertretungsmacht des Gesellschafters spricht, stets noch betont und bedingt, daß der Gesellschafter auch zur Vertretung berechtigt sei (vgl. §§ 108 Abs. 2, 125 HGB.), sagt es in den für das Liquidationsstadium geltenden korrespondierenden §§ 148 Abs. 3, 149 HGB. einfach „die Liquidatoren haben", welche Unterscheidung sonst unverständlich wäre. Praktisch allerdings wird der Liquidator auch stets die Geschäftsführungsbefugnis haben, da ja sonst die ihm obliegende Aufgabe der Abwicklung und Auseinandersetzung der Gesellschaft undurchführbar sein würde. So geht denn auch, wie sich

[1]) Lehmann-Ring § 152 Nr. 1; Makower § 152 Anm. 1; Goldmann § 152 Nr. 5; Staub § 152 Anm. 1; a. A. Müller S. 57.

aus der Fassung des § 149 HGB. ergibt, der Gesetzgeber von einer Übereinstimmung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht aus. Wesentlich indes ist nur die Vertretungsmacht.[1])

Solange die Gesellschaft besteht, ist gemäß § 125 HGB. prinzipiell jeder einzelne Gesellschafter, und zwar allein zur wirksamen Vertretung der Gesellschaft, berechtigt. Mit dem Augenblicke der Auflösung tritt hierin, wie wir schon oben gesehen haben, eine wichtige Änderung ein, indem sowohl die Vertretungsmacht des einzelnen wie der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit erlischt.

Die Gesellschaft bedarf jedoch, da sie als solche handlungsunfähig ist, der Vertretung durch besondere Personen, und zu diesen bestellt das Gesetz in § 147 HGB. die Liquidatoren. Diese sind mithin die notwendigen gesetzlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft.[2])

Streitig ist die wichtige Frage, ob die Liquidatoren auch die ausschließlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft sind, so daß also die Gesellschafter und Beteiligten als solche, auch in ihrer Gesamtheit von jeglicher Vertretungsmacht bezüglich des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen sind. Praktische Bedeutung

---

[1]) Übereinstimmend Behrend S. 572 Anm. 5; Goldmann § 151 Nr. 7; Dr. Fuld in Holdheim Bd. 14 S. 43; Müller S. 27.

[2]) ROHG. Bd. 10 S. 350, Bd. 12 S. 215, Bd. 23 S. 324; ERG. Bd. 5 S. 9, Bd. 47 S. 17/18.

zunächst hat der Streit für die zahlreichen Fälle, in denen fremde Liquidatoren an Stelle oder neben Gesellschafterliquidatoren vorhanden sind. Denn die Schriftsteller, welche die Ausschließlichkeit des Liquidators als Vertreter der Liquidationsgesellschaft leugnen, erachten neben den Liquidatoren auch die Gesamtheit der Gesellschafter für vertretungsberechtigt.[1])

Zur Begründung seiner Ansicht führt Nöldeke[2]) insbesondere an, daß der Fremdliquidator, der ja in seinen Rechtsbeziehungen zu den Gesellschaftern die Stellung eines Beauftragten hat, ein ausschließlicher Vertreter derselben nicht sein könne. Mandatar und ausschließlicher Vertreter sind nach ihm zwei einander scharf entgegengesetzte Begriffe, die sich in derselben Person bezüglich desselben Rechtsverhältnisses nicht vereinigen lassen; das Mandat setze freien selbständigen Willen des Mandanten, die ausschließliche Vertretung, aber Dispositionsunfähigkeit des Vertretenen voraus.

Diese Auffassung erscheint rechtsirrtümlich. Der Anwalt im Anwaltsprozesse ist zwar ausschließlicher Vertreter und zugleich Mandatar der Prozeßpartei, diese bleibt aber doch dispositionsfähig.[3])

Wenn Jerschke und Müller[4]) meinen, daß ein

---

[1]) Lehmann-Ring § 149 Nr. 1; Nöldeke S. 29.

[2]) Nöldeke S. 27ff.

[3]) vgl. z. B. §§ 137, 141 ZPO.; ERG. Bd. 10 S. 423; Franken S. 150.

[4]) Jerschke S. 43; Müller S. 58.

Unterschied zwischen dem Anwalt und dem Liquidator insofern bestehe, als die Gesellschafter nach Abberufung der Liquidatoren keine anderen Liquidatoren zu erwählen brauchten, vielmehr selbst das Liquidatorenamt übernehmen könnten, die Prozeßpartei nach Abberufung des bisherigen einen anderenAnwalt bestellen müsse, falls sie weiter vor Gericht auftreten wolle, so ist dem nicht beizutreten. Solange der Liquidator sein Amt bekleidet, ist er ausschließlicher Vertreter wie der Anwalt; wird er abberufen, so muß die Liquidationsgesellschaft einen anderen Liquidator haben, da ja eine Liquidationsgesellschaft ohne Liquidatoren schlechterdings undenkbar ist. Haben die Gesellschafter vor der Abberufung des früheren Liquidators keinen anderen bestellt, so sind sie eben eo ipso im Augenblicke der Abberufung selbst zu Liquidatoren geworden. Vertretungsberechtigt sind sie aber nicht in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, sondern auf Grund ihrer zweiten — bis dahin schlummernden — Eigenschaft als geborene Liquidatoren.

Ferner macht die positive und absolute Bestimmung des § 149 Satz 2 HGB.: „die Liquidatoren vertreten“ sowie § 152 HGB. die gegnerische Ansicht unannehmbar, denn nur nach innen können die Beteiligten für die Geschäftsführung der Liquidatoren Anordnungen treffen, nach außen hin ist eine Beschränkung unwirksam (§ 151 HGB.). Ist aber schon eine Beschränkung der Vertretungsmacht unzulässig, wie viel mehr dann ein vielleicht über den Kopf der Liquidatoren hinweg geschehendes Handeln.

Mit den vorstehenden Ausführungen erscheint auch die Ansicht Müllers,[1]) daß neben und über den Liquidatoren nur die Gesamtheit der Beteiligten, nicht schon die der Gesellschafter vertretungsberechtigt sei, widerlegt. Auch die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller sowohl wie der Gerichte sieht in dem Liquidator den ausschließlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft.[2])

Die Eigenschaft des Liquidators als ausschließlichen Vertreters tritt insbesondere den Gläubigern und Schuldnern der Liquidationsgesellschaft, also dritten Personen, gegenüber hervor. Der Schuldner kann mit befreiender Wirkung nur an die Liquidatoren Zahlungen und sonstige Leistungen vollziehen, der Gläubiger nur von dem Liquidator Deckung der Gesellschaftsschulden begehren. Im übrigen sind aber zwischen dem Liquidator und dritten Personen keinerlei Rechtsbeziehungen vorhanden. Insbesondere besteht keine Verantwortungspflicht der Liquidatoren gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft.[3]) Denn die Liquidation bezweckt nicht, den Gläubigern eine Sicherung ihrer Forderungen zu verschaffen,[4]) dient vielmehr nur dem Interesse der Gesellschafter.

Ja die Gesellschaftsgläubiger können nicht einmal

---

[1]) Müller S. 57.

[2]) ERG. Bd. 47 S. 17—18; bayer. OLG. im Recht 1905 Nr. 707; KGJ. Bd. 21 A S. 258; OLG. Celle im Recht 1905 Nr. 117/18; Staub § 149 Anm. 1; Cosack S. 519; Franken S. 149; Hergenhahn S. 342; Endemann S. 422.

[3]) ROHG. Bd. 24 S. 242.

[4]) ROHG. Bd. 24 S. 146, Bd. 25 S. 277.

verlangen, daß die Auseinandersetzung der sich auflösenden Gesellschaft in dem im § 145 HGB. geordneten Liquidationsverfahren erfolge. Nur der Privatgläubiger eines Gesellschafters, der gemäß § 135 HGB. die Gesellschaft gekündigt hat, muß seine Zustimmung geben, falls nicht die Liquidation, sondern eine andere Art der Auseinandersetzung eintreten soll (§ 145 Abs. 2 HGB.). Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger eine analoge Vorschrift zu erlassen, lag keine Veranlassung vor, indem ja die bestehende Solidarhaft der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden (§ 128 HGB.) durch die Liquidation keine Änderung erfährt.[1]) Auch gegen eine Verschleuderung des Gesellschaftsvermögens seitens der Liquidatoren stehen den Gesellschaftsgläubigern nur die allgemeinen Strafvorschriften der §§ 239, 241 KO. über betrügerischen und einfachen Bankrott zur Seite. Allerdings werden auch die Arrestmaßregeln der §§ 916 ff ZPO. hier Platz greifen.[2])

2. Die Vertretungsmacht.

A. Außerhalb des Prozesses.

§ 7.

a) Inhalt und Umfang.

Wie das Gesetz in Satz 1 des § 149 HGB. in umfassender Weise die Aufgabe, den Geschäftskreis der

[1]) Prot. S. 4543; ROHG. Bd. 5 S. 393, Bd. 13 S. 146.

[2]) Cosack S. 520; Behrend S. 581 Anm. 37.

Liquidatoren regelt, so bestimmt es in Satz 2, daß eben derselbe Geschäftskreis auch für die gerichtliche und außergerichtliche Vertretungsmacht maßgebend sein solle.[1])

Damit ist dem Liquidator innerhalb der vom Gesetz festgelegten Grenzen Generalvollmacht erteilt.[2]) Eine Beschränkung dieses Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam. Dritter im Sinne des § 151 HGB. ist auch der Mitliquidator, da er ja gegenüber der durch seine Mitliquidatoren — ordnungsgemäß — vertretenen Gesellschaft als Dritter zu gelten hat.[3])

Ist hiernach eine Einschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht unwirksam, so ist andererseits die Zulässigkeit und Wirksamkeit ihrer Erweiterung allgemein anerkannt. Die Erweiterung setzt voraus, daß entweder der Gesellschaftsvertrag oder ein nach Auflösung gefaßter einstimmiger Beschluß die Erweiterung festsetzt oder aber, daß diese durch richterliche Anordnung getroffen wird. Das richterliche Anordnungsrecht wird man indes darauf beschränken müssen, daß der Richter gemäß § 150 HGB. den von ihm ernannten Liquidatoren statt Kollektiv- Einzelvertretungsmacht

---

[1]) Staub § 149 Anm. 20; Lehmann-Ring § 149 Nr. 9; Makower § 149 Anm. IV d 1; Franken S. 151; a. A. Jacoby in Krit. VSchr. Bd. 12 (n. F.) S. 128.

[2]) Staub § 149 Anm. 20; Lehmann-Ring § 149 Nr. 9.

[3]) ERG. Bd. 7 S. 120; Goldmann § 151 Nr. 3; Lehmann-Ring § 151 Nr. 2; a. A. Staub § 151 Anm. 2.

beilegen kann, da die sonstige Erweiterung einen Einzeleingriff des Richters in die Amtsführung der Liquidatoren bilden und damit unzulässig sein würde.[1]) Die über die gesetzlich fixierte Vertretungsmacht hinausgehenden Befugnisse des Liquidators werden indes nicht nach den für die Liquidation, sondern nach den für die gewöhnliche Vollmacht geltenden Bestimmungen der §§ 146 ff. BGB. zu beurteilen sein. Einer Eintragung auf Grund von § 148 Abs. 1 HGB. bedürfen sie daher nicht.[2])

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht bestimmt ist, daß sie einzeln handeln können. Eine solche Bestimmung, die im übrigen in gleicher Weise wie die Erweiterung der Vertretungsmacht als solcher getroffen wird, ist indes in das Handelsregister einzutragen (§ 150 Abs. 1 HGB.). Die gesetzliche Regel ist also im Gegensatz zu der Einzelvertretungsmacht während des Bestehens der Gesellschaft (§§ 114, 125 HGB.) die Gesamtvertretung. Diese Vorschrift gilt für alle Fälle einer Mehrheit von Liquidatoren, gleichgültig auf welchen Rechtsgrund das Vorhandensein der Mehrheit zurückzuführen ist. Hiervon

---

[1]) Goldmann § 146 Nr. 25, § 150 Nr. 7; Staub § 151 Anm. 5.

[2]) Makower § 149 Anm. IV d 1, § 152 Anm. II; Lehmann-Ring § 151 Nr. 1; a. A. Staub § 152 Anm. 1, der aber dann konsequent doch wohl die Notwendigkeit der Eintragung dieser Erweiterung annehmen müßte, die er in § 151 Anm. 5 verneint.

gibt es keinerlei Ausnahme. Selbst im Falle von Gefahr im Verzug hat das Gesetz von dem Zusammenwirken keinen Abstand genommen, was sich aus dem Fehlen einer § 115 Abs. 2 HGB. entsprechenden Vorschrift für die Liquidation ergibt.[1])

Auch sofern zwischen einem Liquidator und der Gesellschaft Streit entsteht, können nicht etwa die Ansprüche der Gesellschaft von den übrigen Mitliquidatoren, sofern diese nicht ihrerseits einzelberechtigt sind, geltend gemacht werden. Denn dies würde, wie das Reichsgericht ausführt,[2]) zu bedenklichen Folgerungen und zu einem Ergebnis führen, das dem vom Gesetz gewollten und durch die ausdrückliche Vorschrift des § 150 HGB. gewährleisteten Zustand widerspräche; in solchem Falle muß für eine anderweitige gesetzliche Vertretung der Liquidationsfirma, sei es durch Wahl oder Herbeiführung einer gerichtlichen Ernennung, gesorgt werden.[3])

Andererseits steht nichts im Wege, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen (§ 150 Abs. 2 Satz 1 HGB.).

„In Gemeinschaft" bedeutet, daß ein getätigter

---

[1]) Staub § 150 Anm. 2; Lehmann-Ring § 150 Nr. 2; Goldmann § 150 Nr. 3.

[2]) ERG. Bd. 47 S. 17/18.

[3]) ERG. a. a. O.; Goldmann § 150 Nr. 4; a. A. Staub § 149 Anm. 25; ROHG. Bd. 9 S. 31.

Rechtsakt als von allen Berechtigten geschlossen in die Erscheinung tritt, einerlei ob nun die Mitwirkung einheitlich und gleichzeitig oder einzeln und nachträglich durch Genehmigung erfolgt.[1]) Den Nachweis der bei einer Gesamtvertretungsmacht erforderlichen Mitwirkung der sämtlichen Liquidatoren hat als klagebegründende Voraussetzung derjenige zu führen, welcher aus der abgegebenen Willenserklärung Rechte herleiten will.[2]) Ist jedoch der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der Liquidatoren (§§ 150 Abs. 2 Satz 2, 125 Abs. 2 Satz 2). Die Liquidatoren vertreten indes nur die Gesellschaft als solche, nicht aber dagegen die einzelnen Gesellschafter. Persönliche Ansprüche des einzelnen Gesellschafters auf Grund des früheren Gesellschaftsverhältnisses werden durch die Liquidation in keiner Weise berührt und sind nach wie vor vom Gesellschafter selbst geltend zu machen.[3]) Das gilt auch dann, wenn der Streit zwischen Gesellschaftern entsteht, die das Liquidatorenamt führen, denn die Liquidation bewirkt nur eine Veränderung der Vertretung nach außen, nicht auch des internen Verhältnisses der Gesellschafter oder Gesellschafterliquidatoren.[4])

Die enge materielle Begrenzung der Vertretungs-

---

[1]) RG. in JurW. 1905 S. 527 Nr. 6; Staub § 125 Anm. 7 u. 11.

[2]) ROHG. Bd. 17 S. 403.

[3]) ROHG. Bd. 5 S. 390.

[4]) OLG. Frankfurt in Goldschmidts Z. Bd. 37 Nr. 74.

macht des einzelnen Liquidators oder der Mehrliquidatoren in ihrer Gesamtheit durch die im § 149 BGB. gezogenen Schranken, so daß also ein über diese Grenze hinausschießendes Geschäft der Liquidatoren außerhalb der ihnen innewohnenden Vertretungsmacht liegt, bildet eine schwere Gefährdung des Verkehrs. Von äußerster Wichtigkeit sind hier die die Vollmacht der Liquidatoren begrenzenden Bestimmungen des § 149 HGB., daß die Liquidatoren neue Geschäfte eingehen können, nur zur Beendigung schwebender Geschäfte, und daß sie das vorhandene Sachvermögen in Geld umzusetzen haben. Denn neu ist jedes Geschäft der Liquidatoren, welches nicht in der Einziehung von Forderungen der Gesellschaft besteht, also die bei weitem größte Mehrzahl aller vorkommenden Rechtshandlungen des Liquidators. Wie muß nun ein Geschäft des Liquidators beschaffen sein, um den vorstehenden Gesetzbestimmungen zu genügen und nicht den Liquidator selbst, sondern die Gesellschaft dem Drittkontrahenten gegenüber zu verpflichten? Sicherlich kann man nicht mit dem Kammergericht[1]) jedes neue Geschäft für unerlaubt halten, welches nicht auf eine unmittelbare Umsetzung der vorhandenen Sachwerte in Geld gerichtet ist. Vielmehr wird man in Übereinstimmung mit der neuen Literatur den Liquidatoren zunächst alle diejenigen neuen Geschäfte gestatten müssen, welche der Umsetzung zu

[1]) KGJ. Bd. 21 A S. 260.

dienen bestimmt und geeignet sind, die ordnungsmäßige Verwertung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens zu ermöglichen oder zu fördern. Hierunter fallen beispielsweise die Miete eines Lokals zur Aufstellung und zum Verkauf der Sachen, Reklame- und Insertionsverträge, auch Beteiligung an Gesellschaften durch Einbringung von Sacheinlagen oder Patenten.[1]) Ebenso wird das Nehmen von Patenten und Musterschutzrechten unter Umständen sehr wohl der vorteilhaften Umsetzung des Gesellschaftsvermögens dienen können.[2]) Ferner ist im Gegensatz zur vorerwähnten Entscheidung des Kammergerichts nicht nur ein Verkauf jedes einzelnen Vermögensobjekts oder auch eines Inbegriffs solcher als zulässig zu erachten, sondern es sind die Liquidatoren nach pflichtgemäßem Ermessen auch zur Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens in Bausch und Bogen berechtigt. Denn weder ist im Gesetze die Rede davon, daß jedes Vermögensstück einzeln versilbert werden müsse, noch auch ist eine dahingehende Absicht des Gesetzes anzunehmen. Denn die Versilberung der Einzelstücke ist in vielen Fällen äußerst langdauernd

---

[1]) ERG. Bd. 44 S. 80; OLG. Dresden im Recht 1905 Nr. 771; Staub § 149 Anm. 18; Pinner in Holdheim Bd. 10 S. 136; Liebmann § 70 Anm. 2; Parisius-Crüger § 88 Anm. 1; Staub-Hachenburg § 70 Anm. 5.

[2]) Staub-Hachenburg § 70 Anm. 9; Liebmann a. a. O.; vgl. ERG. Bd. 15 S. 106; Neukamp § 70 Anm. 8 und Förtsch § 70 Anm. 7.

und kostspielig. Der Wert, zum mindestens aber der Höchstwert des Gesellschaftsvermögens kann vielfach nur durch geschlossenen Verkauf, z. B. der Fabrikanlagen mit Maschinen und Vorräten oder des Geschäftshauses mit Inventar, Firma und Kundschaft, erzielt werden. Es ist daher nicht anzunehmen, daß der Widerspruch auch nur eines Beteiligten einen solchen Verkauf verzögern oder gar unmöglich machen kann.[1])

Ferner wird man nicht mit Renaud[2]) die Aufnahme eines Darlehens als ein unzulässiges neues Geschäft ansehen dürfen. Die Darlehnsaufnahme stellt, falls sie zur Beschaffung der zur Bestreitung dringender Geschäftsschulden, zur Fortführung von Prozessen, Vornahme von Reparaturen usw. mangelnden Barmitteln, also zur Erledigung notwendiger Liquidatorenbefugnisse und -pflichten dient, sicherlich ein zulässiges Abwicklungsgeschäft dar. In diesen Fällen ist auch eine seitens der Liquidatoren für die Darlehnsaufnahme geschehende Pfandbestellung vollwirksam.[3])

Auch der Erwerb von Immobiliarrechten der Liqui-

---

[1]) ERG. Bd. 15 S. 106; Makower § 149 Anm. IIc; teilweise a. M. Goldmann § 149 Nr. 16; Lehmann-Ring § 149 Nr. 8; a. A. KGJ. Bd. 21 A S. 256; Neukamp § 70 Anm. 5; Förtsch § 70 Anm. 7.

[2]) Renaud S. 571; vgl. Dr. Noack, Der Einfluß des HGB. auf Grund- und Hypothekenrecht in Buschs Arch. Bd. 4 S. 211 ff.

[3]) Keyßner S. 357; Hergenhahn S. 354; Müller S. 76.

datoren ist nicht, wie Keyßner[1]) dies annimmt, ohne weiteres unzulässig. Nöldeke und Müller[2]) unterscheiden, ob durch das Immobiliargeschäft der Gesellschaft besondere Verpflichtungen auferlegt werden oder aber nicht. Ersterenfalls halten sie die Liquidatoren zur Vornahme nur dann legitimiert, wenn dadurch die Beendigung schwebender Geschäfte herbeigeführt werde. Indes ist gar nicht einzusehen, inwiefern hinsichtlich der Zulässigkeit und Legitimation der Liquidatoren zu deren Vornahme ein Unterschied zwischen Mobiliar- und Immobiliargeschäften bestehen sollte. Denn einmal unterscheidet das Gesetz bei der Vertretung sonst stets, ob und welche Immobiliargeschäfte der Vertreter vornehmen kann (vgl. §§ 49, 54 HGB.), und ferner ist die Bestimmung des Art. 137 Abs. 2 a. HGB. beseitigt worden. Übereinstimmend mit uns anerkennt auch das Bayerische Oberste Landesgericht ausdrücklich das Recht der Liquidatoren, Hypotheken an den zum Liquidationsvermögen gehörenden Grundstücken für die für Bauarbeiten entstandenen und noch entstehenden Forderungen zu bestellen, falls eben nur die Aufnahme der Hypotheken selbst ein Abwicklungsgeschäft ist.[3]) Ob die Ausstellung, Indossierung und Akzeptation von Wechseln ein Abwicklungsgeschäft ist, bleibt stets nach Lage des Einzel-

---

[1]) Keßner S. 360.

[2]) Nöldeke S. 32; Müller S. 77.

[3]) Bayer. ObLG. im Recht 1905 Nr. 770.

falles zu beurteilen und lassen sich keine allgemeinen Regeln und Anhaltspunkte darüber aufstellen.[1])

Muß einerseits das vom Liquidator abgeschlossene Rechtsgeschäft, um für und gegen die Gesellschaft wirksam zu sein, in dem Rahmen der dem Liquidator im § 149 HGB. gegebenen Vertretungsmacht liegen, so ist weitere Voraussetzung, daß der Wille des Liquidators, im Namen der Gesellschaft zu handeln, erkennbar hervortritt (§ 164 BGB.). Erkennbar soll nach dem Willen des Gesetzes die Eigenschaft des Liquidators als Vertreters der Gesellschaft dadurch werden, daß die Liquidatoren ihre Unterschrift in der Weise abzugeben haben, daß sie der bisherigen als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen (§ 153 HGB.). Diese Bestimmung ist indes eine reine Ordnungsvorschrift. Ihre Nichtbeachtung führt somit keineswegs Unverbindlichkeit der vorgenommenen Rechtshandlung herbei, sondern es genügt, wenn nur die Umstände ergeben, daß das Geschäft vom Liquidator für die Liquidationsfirma abgeschlossen werden soll.[2])

Sind beide Voraussetzungen, also Erkennbarkeit des Handelns für die Gesellschaft und Tätigung eines dem Rahmen seiner Vertretungsmacht angehörenden Rechtsgeschäfts gegeben, dann wird die Gesellschaft durch

---

[1]) ERG. Bd. 4 S. 65, Bd. 7 S. 119; Keßner in Goldschmidts Z. Bd. 11 S. 494: „Die durch Zeichnung der Liquidationsfirma entstandenen Wechselverbindlichkeiten".

[2]) ERG. Bd. 40 S. 60; KGJ. Bd. 10 S. 20.

den vom Liquidator getätigten Rechtsakt berechtigt und verpflichtet (§ 164 BGB.). Die Verpflichtung der Gesellschaft erzeugt übrigens auch noch im Stadium der Liquidation eine Solidarhaftung der Gesellschafter. Denn eine solche widerspricht keineswegs dem Zwecke der Liquidation, im Gegenteil fördert sie durch die doppelte Haftung den Abschluß von Geschäften. Falls daher das Gesetz die Solidarhaftung nicht beabsichtigt hätte, hätte es dieselbe ausdrücklich ausschließen müssen.[1])

Fehlt hingegen eine der beiden Voraussetzungen, dann wird nicht die Gesellschaft als solche, sondern der das Geschäft abschließende Liquidator selbst verpflichtet (§§ 164 Abs. 2, 177 BGB.). Hatte der Liquidator seine Vertretungsmacht in dem Dritten erkennbarer Weise überschritten, so kommen im Verhältnis des Liquidators zum Dritten die Vorschriften der §§ 177 ff. BGB., zur Liquidationsgesellschaft die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag, § 677 BGB. zur Anwendung. Die gleichen Vorschriften kommen auch dann zur Anwendung,[2]) falls bei einer Mehrheit von Liquidatoren ein nur gesamtvertretungsberechtigter Liquidator ohne die Mitwirkung seiner Mitliquidatoren ein Rechtsgeschäft vornimmt.[3])

---

[1]) Staub § 156 Anm. 20; Makower § 156 Anm. II Nr. 4; Cosack S. 517; Lehmann-Ring § 156 Nr. 3; a. A. ROHG. Bd. 21 S. 48; Goldmann § 156 Nr. 14.

[2]) Im einzelnen vgl. Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 39ff.

[3]) ERG. Bd. 6 S. 214.

§ 8.

b) Die Beweislast.

Entsteht Streit darüber, ob ein von dem Liquidator abgeschlossenes neues Rechtsgeschäft innerhalb der ihm nach § 149 HGB. zustehenden Vertretungsmacht abgeschlossen ist, dann ist die Frage von äußerster Wichtigkeit: wer hat zu beweisen und was ist zu beweisen. Es sind über diese Frage verschiedene Ansichten laut geworden.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts[1]) legen einige Schriftsteller dem mit dem Liquidator kontrahierenden Dritten die Beweislast dafür auf, daß das abgeschlossene Geschäft entweder unter den Liquidationszweck falle oder aber der Dritte dieses wenigstens nach Lage der Sache annehmen mußte.[2])

Demgegenüber sind Lehmann-Ring und Makower[3]) der Ansicht, daß der Dritte stets den Nachweis der wirklichen Einhaltung der dem Liquidator innewohnenden Vertretungsmacht erbringen müsse, während Liebmann und Neukamp[4]) von demjenigen

---

[1]) ROHG. Bd. 13 S. 226, Bd. 21 S. 307.

[2]) Cosack S. 519; Goldmann § 149 Nr. 4; Jerschke S. 56; Müller S. 68.

[3]) Lehmann-Ring § 149 Nr. 6; Makower § 149 Anm. IVd, 3.

[4]) Liebmann § 70 Anm. 7; Neukamp S. 5.

den Nachweis der Überschreitung der Vertretungsmacht verlangen, der eine solche Überschreitung behauptet. Übereinstimmend aber erachten alle vier Schriftsteller den guten Glauben des Dritten über das Vorhandensein der Vertretungsmacht des Liquidators für bedeutungslos und lassen eine Verpflichtung der Gesellschaft nur bei wirklicher Einhaltung der Vertretungsmacht entstehen.

Alle diese Meinungen sind aber nicht geeignet, den Anforderungen der Verkehrssicherheit gerecht zu werden, denn entweder bürden sie dem Dritten die Beweislast auf oder aber sie nehmen schon bei nur objektiver, dem Dritten auch bei größter Sorgfalt nicht erkennbarer Überschreitung der Vertretungsmacht des Liquidators Unverbindlichkeit für die Gesellschaft oder gar beides an. In neuer, durchaus befriedigender Weise erscheint uns diese Frage von Staub und Staub-Hachenburg[1]) gelöst. Es wird hier der Grundsatz aufgestellt, daß der Liquidator dem Verkehr gegenüber für alle Geschäfte legitimiert gelten müsse, welche, soweit dem Dritten erkennbar, sich zu Liquidationszwecken getätigt darstellen. Staub geht mit Recht davon aus, daß dieser Satz wie für alle beschränkten Vertretungsverhältnisse, so auch für den Liquidator zu gelten habe. Wie es beim Prokuristen genügt, daß dieser als solcher auftritt und das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft

---

[1]) Staub § 149 Anm. 16—20; Staub-Hachenburg §§ 15—20.

unter die Prokura fallen kann, sofern es nur dem Dritten nicht erkennbar ist, daß das Rechtsgeschäft nicht für die Zwecke des Handelsgewerbes geschlossen wird, so auch beim Liquidator. Für die beschränkte Vertretungsmacht des Konkursverwalters hat auch das Reichsgericht den vorstehenden Grundsatz anerkannt.[1])

Ferner ist für den Verkehr davon auszugehen, daß die Liquidatoren bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit Dritten ihre gesetzliche Vertretungsmacht nicht überschreiten.[2]) Damit aber kommen wir zu dem Ergebnis, daß jedes Rechtsgeschäft, das juristisch ein Abwicklungsgeschäft sein kann, auch als solches zu gelten hat, es sei denn, daß der Dritte erwiesenermaßen gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß das Geschäft zu anderen als Liquidationszwecken vom Liquidator getätigt worden ist. Die Beweislast für diese Ausnahme von der Regel hat aber nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der Rechte aus dieser Ausnahme herleiten will.[3])

---

[1]) ERG. Bd. 29 S. 82.

[2]) Neukamp § 70 Anm. 3; Staub-Hachenburg a. a. O.

[3]) vgl. Planck § 49 Anm. 2; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 93 Anm. 39; Hölder § 49 Anm. 2; Rehbein Bd. 1 S. 57; Neumann § 49 Nr. 2.

§ 9.

B. Im Prozesse.

Gemäß § 149 Satz 2 HGB. obliegt den Liquidatoren auch die gerichtliche Vertretung der Liquidationsfirma. Dies ist dadurch begründet, daß die offene Handelsgesellschaft selbst prozeßunfähig ist und daher nur durch Vertreter handeln kann.[1]) Zwar ist die offene Handelsgesellschaft parteifähig, da sie unter ihrer Firma klagt und verklagt werden kann (§ 124 HGB.).[2]) Prozeßpartei sind indes die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Denn die offene Handelsgesellschaft ist nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes materiellrechtliches Rechtsgebilde,[3]) keine juristische Person, wie Hellwig annimmt,[4]) „sondern die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind in Wahrheit solche der Gesellschafter, eingegangen unter ihrer Firma als der sie unter einem einheitlichen Namen umfassenden Bezeichnung".[5])

Die Eigenschaft als Prozeßpartei verlieren die Gesellschafter auch nicht durch die Liquidation, so daß keineswegs, wie allerdings das Reichsoberhandelsgericht

[1]) ERG. Bd. 17 S. 370, Bd. 45 S. 342; Staub § 124 Anm. 9; Makower § 124 Anm. II c.

[2]) Staub § 124 Anm. 6; Makower a. a. O.; ERG. Bd. 14 S. 20, Bd. 45 S. 342; RG. in JurW. 1898 S. 420 Nr. 15.

[3]) Arend S. 27; Gaupp-Stein § 50 II S. 139 (s. dort Literatur).

[4]) Hellwig Bd. 1 S. 310 Note 10 b.

[5]) Goldmann § 128 Nr. 2.

in stetiger Rechtsprechung angenommen hat, die Liquidatoren Prozeßpartei werden.[1]). Denn wie nicht nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft Prozeßpartei sind, so auch nicht die Liquidatoren für das Liquidationsstadium. Partei sind und bleiben vielmehr stets die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit,[2]) und zwar die zur Zeit der Klageerhebung der Gesellschaft angehörenden.

Die Gesellschafter können daher auch im Liquidationsprozesse nicht als Zeugen vernommen werden.[3])

Eine rechtswirksame Vornahme von Prozeßhandlungen, z. B. Anerkenntnis eines Anspruchs, steht indes nur den Liquidatoren zu, da nur ihnen allein die erforderliche Dispositionsbefugnis innewohnt.[4]) Auch die Zustellung von Klagen, Ladungen usw. hat an die Liquidatoren zu erfolgen, und zwar genügt bei einer Mehrheit solcher die Zustellung an einen von ihnen. Will allerdings der Liquidator selbst gegen die Gesellschaft klagen, so kann er sich nicht selbst zustellen.[5])

Niemals kann der einzelne Gesellschafter oder auch

---

[1]) ROHG. Bd. 10 S. 356, Bd. 21 S. 342, 389, Bd. 23 S. 311.

[2]) Staub § 149 Anm. 20; Lehmann-Ring § 149 Nr. 9; Makower § 149 Anm. IV d, 2; Goldmann § 149 Nr. 22.

[3]) ERG. Bd. 17 S. 365, Bd. 35 S. 389; Staub § 149 Anm. 21; Goldmann § 149 Nr. 22; Cosak S. 501; a. A. Makower § 124 Anm. II c, 4; Schmidt S. 501.

[4]) Lehmann-Ring § 149 Nr. 9.

[5]) ERG. Bd. 7 S. 405, Bd. 47 S. 17.

eine Mehrheit solcher eine Forderung der Gesellschaft im Prozesse geltend machen.[1]) Indes wird man den Gesellschaftern das Recht einräumen, gegebenenfalls als Nebenintervenienten am Rechtsstreit teilzunehmen, da das ergehende Urteil ja auch ihnen gegenüber Wirkungen äußert.[2])

Äußerst bestritten in Theorie und Praxis ist die Frage, wer im Prozeß der Liquidationsgesellschaft die Eide zu leisten hat, die Gesellschafter oder aber die Liquidatoren.

Von den letzteren lassen die Eide leisten zunächst naturgemäß diejenigen Schriftsteller, die in der offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt sehen.[3]) Indes ist, wie oben gezeigt, die Gesellschaft während des Bestehens kein selbständiges Rechtssubjekt, und die Liquidation selbst führt eine Änderung des juristischen Wesens der Gesellschaft insoweit nicht herbei. Aber auch wir gelangen, allerdings aus ganz anderen Gründen, zum gleichen Resultate. Die Eidesleistung in Verbindung mit der notwendigerweise erklärten Annahme des Eides (§ 452 ZPO.) ist wohl zweifellos als eine prozessuale Handlung anzusehen. Eine solche kann aber nur von demjenigen wirksam

---

[1]) OLG. Celle im Recht 1905 Nr. 117.

[2]) ERG. Bd. 5 S. 70, Bd. 34 S. 365, Bd. 45 S. 321; Seuffert, Komm. § 69,1; Petersen § 69,2; Walsmann S. 179; a. A. Cosack S. 501.

[3]) Gaupp-Stein § 473 II und dort Zitierte.

vorgenommen werden, dem die freie Disposition über das Streitobjekt zusteht.[1]) Diese Dispositionsfähigkeit haben aber bei der Liquidationsgesellschaft als notwendige und ausschließliche gesetzliche Vertreter nur die Liquidatoren, und können daher auch nur sie die der Gesellschaft auferlegten Eide ausschwören.[2])

Gegen diese unsere Auffassung hat sich insbesondere Wach[3]) gewandt. Er bestreitet nicht nur die Eigenschaft des Liquidators als ausschließlichen und notwendigen Vertreters der Liquidationsgesellschaft, sondern meint auch, der Eid sei kein reiner Willkürakt, da er nicht Sache des Beliebens in dem Sinne sei, daß man nach Wahl durch ihn sich die Wahrheitsfolge verschaffen oder die Unwahrheitsfolgen auf sich nehmen könne.[4]) Indes ist die Annahme und Weigerung der Leistung des Eides doch vom freien Belieben der Partei abhängig; welche Folgen diese Rechtsakte nach sich ziehen, ist auf ihr Wesen als Dispositionsakt unseres Ermessens einflußlos. Wach kommt dann auf Grund der weiteren zutreffenden Ausführung, daß der Eid keine gewillkürte Stellvertretung

---

[1]) Seuffert, Komm. § 472, 2; Müller S. 72.

[2]) ERG. Bd. 14 S. 20, Bd. 17 S. 369, Bd. 45 S. 342; RG. in JurW. 1898 S. 420 Nr. 35; Seuffert, Komm. a. a. O.; Petersen § 472, 2; Staub § 149 Anm. 20; Goldmann § 149 Anm. 23; Makower § 149 Anm. IIc, 5; Denkschr. S. 92.

[3]) Wach, Der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft, in Zeitschr. f. Zivilprozeßrecht Bd. 9 S. 433ff.

[4]) Wach a. a. O. S. 449, 450.

zuläßt, zu dem Schlusse, daß er die Eide von den sämtlichen Gesellschaftern ausschwören läßt. Im Resultate, nicht immer in den Gründen stimmen mit ihm Lehmann und Franken überein.[1])

Müller[2]) unterscheidet, ob der Liquidator ein Gesellschafterliquidator oder aber ein Fremdliquidator ist. Während er Ersteren die Leistung der Eide auferlegt, hält er Letztere zur Leistung für nicht berechtigt, da ihre Stellung im Verhältnis zu den Gesellschaftern die von Bevollmächtigten, also Stellvertretern sei, der Eid aber eine Stellvertretung nicht zulasse. Indes die fremden Liquidatoren haben nach außen hin die gleiche Rechtsstellung wie die Gesellschafterliquidatoren. Beide sind in gleicher Weise die notwendigen und ausschließlichen gesetzlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft. Ist dem aber so, und ist ferner, wie Müller[3]) selbst annimmt, die Eidesleistung ein vermögensrechtlicher Dispositionsakt, so kann ein solcher ohne Rücksicht darauf, ob sie Gesellschafter oder fremde Liquidatoren sind, eben nur von den Liquidatoren als solchen vorgenommen werden.

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so haben sämtliche den Eid zu leisten, ganz gleichgültig, ob sie Einzelvertretungsmacht haben oder nicht.[4]) Nur

[1]) Lehmann-Ring § 149 Nr. 9; Franken S. 153.

[2]) Müller S. 71/72.

[3]) Müller S. 72.

[4]) § 471 Abs. 1 ZPO.; ROHG. Bd. 14 S. 171, Bd. 23 S. 312.

falls der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen eines einzelnen Liquidators betrifft, sind die übrigen von der Leistung befreit (§ 474 Satz 2 ZPO.). Nehmen von der Mehrheit einzelne von den schwurpflichtigen Liquidatoren den Eid an, weigern ihn andere, so greift § 472 Abs. 2 ZPO. ein und entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen darüber, ob die unter Eid gestellten Behauptungen für wahr zu erachten sind oder nicht (§ 286 ZPO.).

Zum gleichen Ergebnis gelangen wir auch in dem Falle, daß es sich nicht um einen Parteieid, sondern um einen richterlichen Eid handelt (§§ 473, 474 ZPO.). Auch im Offenbarungsverfahren sind die Liquidatoren zur Leistung des Eides zu laden, wie auch der Haftantrag gegen sie zu richten ist.[1])

Wird die Klage nicht während des Liquidationsstadiums erhoben, sondern erfolgt die Auflösung der Gesellschaft während der Rechtsstreit schon schwebt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein (§ 241 ZPO.), da mit der Auflösung der Gesellschaft die Vertretungsbefugnis der bis dahin vertretungsberechtigten Gesellschafter fortfällt. Die Unterbrechung dauert so lange an, bis der neue gesetzliche Vertreter, also der Liquidator, von seiner Bestellung Anzeige macht oder bis ihm der Gegner seine Absicht, den Rechtsstreit fortzusetzen, gemäß § 250 ZPO. anzeigt.

---

[1]) vgl. OLG. Hamburg in Rechtspr. 1907 Bd. 1 S. 370.

Die Wirkung eines von den Liquidatoren geführten Prozesses unterscheidet sich in nichts von der eines von der lebenden Gesellschaft geführten, insbesondere hat das Urteil Rechtskraft für und gegen alle Gesellschafter.[1])

Der Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft endlich wird nicht, wie das Reichsoberhandelsgericht in einer Entscheidung[2]) zu Unrecht annimmt, durch den Gerichtsstand des Liquidators bestimmt, sondern bleibt dort bestehen, wo er zur Zeit der Auflösung bezw. des Eintritts der Auflösung bestand.[3])

3. Die Geschäftsführung.

a) Die Tätigkeit der Liquidatoren.

Die gesamte Tätigkeit des Liquidators, welche ihm § 149 Abs. 1 HGB. auferlegt, zerfällt in zwei große Gruppen; die eine bezweckt die Abwicklung der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu dritten Personen, Gläubigern und Schuldnern, sowie die Verwertung der vorhandenen Vermögenswerte, die andere die Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander einschließlich der Verteilung des etwa vorhandenen Überschusses am Gesellschaftsvermögen unter die einzelnen Gesellschafter.

---

[1]) Bolze Bd. 1 Nr. 1965 S. 428/29; Staub § 149 Anm. 35.

[2]) ROHG. Bd. 12 S. 217.

[3]) Denkschr. S. 107; Staub § 149 Anm. 30; Makower § 156 Anm. 3.

§ 10.

α) Abwicklung der laufenden Geschäfte und Verwertung des Gesellschaftsvermögens.

Zur Durchführung ihrer Abwicklungsaufgabe haben die Liquidatoren zunächst die laufenden Geschäfte zu beendigen. Unter „Beendigen" ist nun keineswegs zu verstehen, daß die Liquidatoren mit dem Eintritt der Liquidation jeglichen produktiven Betrieb auf einmal einstellen müßten. Vielmehr sind zweifellos die laufenden Lieferungsverträge zu erfüllen. Aber auch darüber hinaus wird eine Fortführung des Betriebes in vielen Fällen gestattet sein. Als Grenzlinie gegenüber der Fortführung des produktiven Zweckes schlechthin wird nur zu gelten haben, daß die Fortführung dem Abwicklungszwecke untergeordnet und insbesondere nach Art und Umfang der neuen Geschäfte von ihm beherrscht wird. Denn dem Liquidator obliegt nicht nur die Verwertung, sondern auch eine angemessene Verwaltung des Gesellschaftsvermögens. Dazu würde es aber gehören, daß z. B. die Liquidatoren eines blühenden Fabrikunternehmens, das nur durch den Tod oder Konkurs eines Gesellschafters in Liquidation gerät, die Fabrik nicht nur nicht stillegen, sondern den Betrieb zwecks Erhaltung der Kundschaft und Arbeitskräfte sowie der Ausnutzung der Fabrikanlage voll und ganz aufrechtzuerhalten trachten.

Hiernach kann denn auch keine Rede davon sein,

daß die Liquidatoren die laufenden Geschäfte in ihrem Gange unterbrechen und zu schnellerem Ende bringen müssen, oder gar daß dem Dritten ein Recht auf vorzeitige Lösung zustände.[1])

Ist wegen einer Gesellschaftsforderung von der Gesellschaft Klage erhoben, so gehört auch die Fortführung des Prozesses zu den zu beendigenden laufenden Geschäften.[2])

Des weiteren haben die Liquidatoren die Forderungen der aufgelösten Gesellschaft einzuziehen. Hierunter fallen sowohl die während des Bestehens der Gesellschaft als die während der Zeit der Liquidation zur Entstehung gelangten Forderungen.[3]) Ferner gehören dazu die Forderungen der Gesellschaft gegen den einzelnen Gesellschafter wegen unbefugter Entnahme von Gesellschaftsmitteln[4]) sowie die auf Leistung der vertragsmäßigen rückständigen Einlagen. Denn die Einlagen sind im Zweifel nicht nur zur Bildung eines Betriebskapitals, sondern auch zur Tilgung von Verbindlichkeiten bestimmt.[5]) Gegen die Einforderung der rückständigen Einlagen kann der belangte Gesellschafter nicht Unzweckmäßigkeit einwenden,[6]) sondern er muß

---

[1]) ERG. Bd. 5 S. 8.

[2]) ROHG. Bd. 21 S. 128.

[3]) ROHG. Bd. 25 S. 166; Hahn, Komm. Art. 137 § 7 Abs. 3.

[4]) OLG. Hamburg in Goldschmidts Z. Bd. 46 S. 512.

[5]) ROHG. Bd. 22 S. 136, Bd. 25 S. 165; ERG. Bd. 4 S. 67.

[6]) ROHG. Bd. 22 S. 136.

auch den Nachweis erbringen, daß der eingeforderte Betrag für die Zwecke der Liquidation einschließlich der Verwaltungskosten nicht erforderlich ist.[1]) Selbstredend kann er auch Einwände erheben, die dem Anspruch auf Einbringung bereits vor der Auflösung der Gesellschaft entgegenstanden.[2]) Zu Zuschüssen über die Einlageverpflichtung hinaus aber können die Liquidatoren die Gesellschafter nicht heranziehen, und zwar niemals. Ein solches Verlangen würde sowohl der Aufgabe der Liquidatoren als der klaren Bestimmung des § 707 BGB. widersprechen.[3])

Streitig ist, ob § 149 HGB. den Liquidatoren jede andere Verfügung über die ausstehenden Forderungen als die der Einziehung untersagen will. Unseres Ermessens wird man ihnen gestatten müssen, nach pflichtgemäßem Erwägen Forderungen der Gesellschaft, zumal wenn sie zurzeit nicht realisierbar oder nur mit Verlust einziehbar sind, auch zu verkaufen und abzutreten. Ebensowenig wird der Aufrechnung etwas im Wege stehen.[4]) Dem steht auch die weitere Bestimmung des § 149, daß die Liquidatoren das übrige Ver-

---

[1]) Makower § 149 Anm. II 3.

[2]) ROHG. Bd. 25 S. 168.

[3]) ROHG. Bd. 22 S. 202, Bd. 25 S. 160; Prot. S. 253.

[4]) Staub § 149 Anm. 10; Lehmann-Ring § 149 Nr. 4; Goldmann § 149 Nr. 17; a. A. Makower § 149 II b; Müller S. 81.

mögen in Geld umzusetzen haben, sinngemäß nicht entgegen.

Denn wie wir gesehen haben, ist ihnen jede Art von Geschäften gestattet, die auf eine angemessene Verwertung des Gesellschaftsvermögens abzielen.

Darüber, wie im einzelnen die Versilberung zu erfolgen hat, bestimmt das Gesetz nichts. Sie kann, wie oben gezeigt, einzeln und en bloc, freihändig oder meistbietend erfolgen, einerlei ob es sich um Mobilien oder Immobilien handelt. Die Versilberung des Vermögens kann überhaupt unterbleiben und eine Naturalverteilung stattfinden, falls die Beteiligten dies einstimmig beschließen.[1])

Ausgeschlossen von der Versilberung ist naturgemäß ein Gegenstand, den ein Gesellschafter der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen hatte, ein solcher muß ihm, sobald entbehrlich, spätestens aber bei Beendigung der Liquidation zurückgegeben werden.

Aus dem Gesellschaftsvermögen, insbesondere aus den durch die Versilberung der Vermögensobjekte gewonnenen Barmitteln sind die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen. Gesellschaftsgläubiger können insbesondere auch die Gesellschafter selbst sein, sofern sie als Dritte, z. B. als Verkäufer, Vermieter oder sonstwie mit der Gesellschaft Rechtshandlungen vorgenommen und Verträge abgeschlossen haben. Auch soweit die Forderung

---

[1]) ROHG. Bd. 62 S. 57/58; Dr. F u l d in Holdheim Bd. 14 S. 41.

im Gesellschaftsvertrage als solchem ihren Rechtsgrund hat, ist der Gesellschafter Gläubiger. Jedoch kann der Liquidator die Zahlung verweigern, wenn und insoweit nicht Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist.[1])

Über die Frage nach dem Bestehen einer Forderung gegen die Gesellschaft haben die Liquidatoren pflichtgemäß und vorbehaltlich § 152 HGB. ohne Rücksicht auf ein früheres Bestreiten seitens der Gesellschafter zu befinden. Dem pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren ist es auch vorbehalten, zu bestimmen, welche Gläubiger sie zuerst befriedigen wollen.[2])

Streit herrscht darüber, ob der Liquidator eine verjährte Forderung begleichen darf. Wir halten ihn für dazu berechtigt. Denn die Forderung gegen die Gesellschaft ist ja durch die Verjährung nicht untergegangen, sondern besteht weiter und ist nur der Verjährungseinrede ausgesetzt (§ 222 BGB.). Sicherlich wird er zur Zahlung der Forderung dann berechtigt sein, wenn die Umsetzung des Vermögens am besten dadurch beschleunigt oder bewirkt wird, daß nebenher eine verjährte Forderung anerkannt und beglichen wird.[3])

---

[1]) ERG. Bd. 29 S. 16; Makower § 149 Anm. II d.

[2]) OLG. Darmstadt in Hess. Rechtspr. Bd. 6 S. 74.

[3]) vgl. Goldmann S. 149 Nr. 7; Staub § 149 Anm. 13; a. A. Makower § 149 Anm. II d; ROHG. Bd. 9 S. 85; Hergenhahn S. 357.

Auch wird man den Liquidatoren nicht zumuten können, im Interesse der Liquidationsgesellschaft Einwendungen zu erheben, die in kaufmännischen Kreisen als den guten Sitten und anständigem Geschäftsgebaren widersprechend angesehen werden.[1])

§ 11.

β) Auseinandersetzung der Gesellschafter und Verteilung des Reinvermögens.

Der Erleichterung der endgültigen Auseinandersetzung der Gesellschafter und der Kontrolle der Liquidatoren dient die dem alten Handelsgesetzbuch unbekannte Bestimmung des § 154 HGB., die besagt:

„Die Liquidatoren haben bei dem Beginne sowie bei der Beendigung der Liquidation eine Bilanz aufzustellen".

Bei dem „Beginne" und der „Beendigung" der Liquidation bedeutet, daß die Aufstellung binnen einem gewissen durch die Vorarbeiten, Zusammenstellungen und Berechnungen erforderlichen Zeitabschnitte erfolgen muß.[2]) Eine Bilanz ist die Zusammenstellung des aus dem Inventar sich ergebenden Standes der Aktiven und Passiven mit Fixierung des aus ihrer Vergleichung sich ergebenden Resultates.[3]) In der für die Eröffnungsbilanz

---

[1]) Staub a. a. O.

[2]) ERG. in Strafs. Bd. 27 S. 228.

[3]) ERG. in Strafs. Bd. 15 S. 174.

notwendigen Inventuraufstellung haben die Liquidatoren den Wert der Einzelstücke nach ihrem vollen Wert zur Zeit der Aufnahme, ohne Berücksichtigung von Abschreibungen einzustellen, da eben das Geschäft einer gänzlichen Auflösung entgegengeführt werden soll.[1])

Sobald die Versilberung oder sonstige Verwertung des Gesellschaftsvermögens endgültig durchgeführt ist und die Gläubiger — soweit möglich — aus dem Vermögen der Gesellschaft befriedigt sind, haben die Liquidatoren die Schlußbilanz aufzustellen, die zugleich regelmäßig die aktiven oder passiven Verteilungssaldis der einzelnen Gesellschafter enthalten wird.

Bei Aufstellung der Schlußbilanz ist, sofern keine Jahresbilanzen gefertigt sind, von der Eröffnungsbilanz auszugehen. Zunächst sind für die Zeit der Dauer der Liquidation den Gesellschaftern 4% ihres aktiven Kapitalanteils vom Liquidationsgewinn zuzuschreiben.[2]) Verbleibt nach diesen Zuschreibungen noch ein Gewinn, so wird dieser unter die sämtlichen Gesellschafter, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihr Kapitalanteil aktiver oder passiver Natur ist, verteilt, und zwar mangels besonderer Vereinbarung nach Köpfen (§§ 156, 121 Abs. 3 HGB.).

Falls während der Liquidation kein Gewinn erzielt, sondern das Gesellschaftsvermögen durch Verluste herab-

---

[1]) Cosack S. 521; Staub § 134 Anm. 4; Goldmann § 154 Nr. 8.

[2]) Staub § 154 Anm. 1; Simon, Bilanzen S. 445.

gemindert ist, wird der Minderwert gleichfalls auf alle Gesellschafter nach Köpfen verteilt, also von ihren bei der Eröffnungsbilanz festgestellten aktiven Kapitalanteilen ab- bezw. den Passiven zugeschrieben.[1]) Eine Aufstellung der Eröffnungs- und Schlußbilanz kann seitens jeden Gesellschafters im Klagewege von den Liquidatoren erzwungen werden.[2])

Endlich sind die Liquidatoren, wie ihnen § 210 KO. das Recht gibt, über das Gesellschaftsvermögen den Konkurs zu beantragen, strafrechtlich aus §§ 239—241 und 244 KO. verfolgbar, falls sie die Bilanzziehung unterlassen haben und nachträglich Zahlungseinstellung erfolgt. Denn sie sind die gesetzlichen Vertreter des Schuldners, ihnen allein, nicht diesem obliegt die Pflicht der Bilanzziehung.[3])

Diesen Strafvorschriften gegenüber können sich die Liquidatoren auch insbesondere nicht auf einen gemäß § 152 HGB. gefaßten Beschluß berufen, denn die Folgeleistungspflicht des § 152 HGB. hat im Strafgesetzbuch ihre Grenzen zu finden.[4])

Jahresbilanzen brauchen die Liquidatoren nicht aufzustellen,[5]) da diese nur die Bedeutung haben, den

---

[1]) Cosack S. 521.

[2]) RG. in JurW. 1897 S. 603; Staub § 154 Anm. 6.

[3]) Goldmann § 154 Nr. 9, 10; Staub § 154 Anm. 1.

[4]) Goldmann § 154 Nr. 11; a. A. Jaeger, KO. § 244 Anm. 2.

[5]) Staub § 154 Anm. 7; Lehmann-Ring § 154 Nr. 1;

Gesellschaftern eine Übersicht über den Vermögensstand zu verschaffen.

Dagegen haben die Liquidatoren außer der Pflicht zur Bilanzziehung auch die Pflicht zur Rechnungslegung (§ 259 BGB.).[1]) In der Regel und abgesehen von besonderen Umständen wird allerdings die Vorlegung von Geschäftsbüchern und der Korrespondenz genügend sein.[2]) Falls indes die Geschäftsführung besonders verwickelt ist, die Bücher lückenhaft geführt sind oder der Liquidator sich der Untreue schuldig gemacht hat, können die Gesellschafter besondere Nachweise verlangen.[3])

Endlich haben die Liquidatoren den Gesellschaftern auch über den Stand der Gesellschaft und über die Sachlage Auskunft zu erteilen.[4])

Den letzten Abschnitt in der Tätigkeit des Liquidators bildet die Verteilung des nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden etwa noch verbleibenden Überschusses unter die Gesellschafter. Schon vorher indes hat gemäß § 155 Abs. 2 HGB. eine vorläufige abschlägige Verteilung der entbehrlichen Gelder zu erfolgen. Ob und welche Geldbeträge entbehrlich sind, darüber entscheidet in erster Linie das pflichtgemäße Ermessen

---

Makower § 154 Anm. II; Goldmann § 154 Nr. 6; a. A. Gareis § 154 Anm. 1.

[1]) Lehmann-Ring § 154 Nr. 2; Goldmann § 154 Nr. 12.

[2]) ROHG. Bd. 25 S. 344.

[3]) OLG. Karlsruhe in Goldschmidts Z. Bd. 37 S. 542.

[4]) Bolze Bd. 4 Nr. 805; Staub § 154 Anm. 8.

der Liquidatoren. Jedoch wird man alle die Gelder als entbehrlich ansehen müssen, die übrig sind bezw. sein würden, nachdem die fälligen Verbindlichkeiten der Gesellschaft befriedigt sind, für nichtfällige und bestrittene Forderungen sowie zur Sicherung des endgültigen Guthabens der Gesellschafter und zur Deckung der Liquidationskosten das Erforderliche zurückbehalten ist.[1]) Auf die Verteilung entbehrlicher Gelder hat jeder Gesellschafter einen klagbaren Anspruch,[2]) indes obliegt ihm der Nachweis der Entbehrlichkeit.[3]) Bringen die Liquidatoren offensichtlich entbehrliche Gelder nicht ordnungsmäßig zur Verteilung, so machen sie sich schadenersatzpflichtig und können auf Grund von § 147 HGB. abberufen werden.

Sind endlich die Voraussetzungen für die Aufstellung der Schlußbilanz gegeben und ist mit dieser der Verteilungsplan in der oben bezeichneten Weise aufgestellt, dann erfolgt die Schlußverteilung. Der Anspruch auf Auszahlung des Endguthabens ist klagbar und braucht dieser Klage insbesondere nicht eine Klage auf Aufstellung der Schlußbilanz vorauszugehen, falls der Kläger nur sein Guthaben anderweit berechnen kann.[4])

Entsteht über die vorläufige oder endgültige Ver-

---

[1]) Lehmann-Ring § 155 Nr. 5—8.

[2]) ERG. Bd. 47 S. 19.

[3]) Staub § 155 Anm. 1; Lehmann-Ring § 155 Nr. 9.

[4]) Bolze Bd. 4 Nr. 795, Bd. 13 Nr. 490, Bd. 17 Nr. 513.

teilung Streit, dann hat der Liquidator insoweit die Verteilung auszusetzen. Es muß alsdann das Ergebnis des Rechtsstreits, der zwischen den Streitenden selbst auszutragen ist,[1]) abgewartet werden und darf vor Beendigung des Rechtsstreits die bestrittene Verteilung nicht vorgenommen werden.[2])

Spätestens jetzt sind auch, wie schon oben gesagt, fremde, der Gesellschaft zum Gebrauch überlassene Gegenstände herauszugeben. Mit dieser Herausgabe und der geschehenen Verteilung des reinen Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter ist die Liquidation und damit die eigentliche Tätigkeit der Liquidatoren beendet. Nur haben sie gemäß § 157 Abs. 1 HGB. noch die Pflicht, das nach Beendigung der Liquidation geschehene Erlöschen der Liquidationsgesellschaft zum Handelsregister anzumelden.

Nach dieser Anmeldung können, sofern die Liquidationsgeschäfte tatsächlich beendigt sind,[3]) Forderungen nicht mehr gegen die Liquidatoren, sondern nur mehr gegen die einzelnen früheren Gesellschafter geltend gemacht werden. Eine Ausnahme bildet naturgemäß der Fall, daß die Liquidatoren auf Grund von vertretbaren Versehen in Anspruch genommen werden sollen.[4])

---

[1]) ROHG. Bd. 5 S. 391; ERG. Bd. 59 S. 59.

[2]) ERG. Bd. 47 S. 20; ROHG. Bd. 3 S. 336.

[3]) OLG. Hamburg in Rechtspr. 1907 Bd. 1 S. 370.

[4]) OLG. Dresden bei Bauer Bd. 8 S. 15; OLG. Hamburg a. a. O.

§ 12.

b) Die Folgeleistungspflicht und Haftung.

Bei Regelung der rechtlichen Stellung der Liquidatoren spricht das Gesetz nur ganz allgemein von Liquidatoren, ohne einen Unterschied zu machen, ob sie ihr Amt als Gesellschafterliquidatoren oder als fremde Liquidatoren ausüben. Trotz dieser äußeren Gleichstellung bestehen wichtige aus der Art der Berufung sich ergebende Unterschiede. Gerade die für die Liquidatoren gegebenen charakteristischen Rechtssätze der §§ 147, 148, 152 HGB. können bei denjenigen Liquidatoren, die aus den früheren Gesellschaftern hervorgegangen sind, eine praktische Bedeutung nicht gewinnen. Aber auch weiterhin sind noch erhebliche Unterschiede vorhanden, je nachdem der Liquidator Gesellschafter- oder fremder Liquidator ist. Wie wir oben gesehen haben, ist die Liquidationsgesellschaft identisch mit der früheren offenen Handelsgesellschaft, welche nur aus dem Stadium der Fortentwicklung in das der Abwicklung und Auseinandersetzung getreten ist. Insbesondere wirken auch die Rechtsbeziehungen der früheren Gesellschaft zu den einzelnen früheren Gesellschaftern fort. Wird ein früherer Gesellschafter Liquidator, so führt er sein Amt auf Grund seiner früheren Gesellschafterstellung, mithin auf Grund eigenen Rechtes. Zweifellos gilt dies für den geborenen Liquidator, indem ja gerade seine Gesellschaftereigenschaft den Grund seiner Berufung

bildet. Das gleiche gilt für die gekorenen Gesellschafterliquidatoren, da die seitens der Gesellschafter erfolgte Festsetzung im Gesellschaftsvertrage oder die späterhin nach Auflösung durch Beschluß erfolgende Wahl als Verzicht der übrigen Gesellschafter auf das ihnen zukommende Amt als Mitliquidatoren aufzufassen ist.[1]) Denn hierdurch kommt das dem erwählten Gesellschafterliquidator an sich schon — allerdings beschränkt — zustehende Liquidatorenamt voll zur Geltung.[2]) Erfolgt die Ernennung früherer Gesellschafter zu Liquidatoren durch das Gericht, so liegt, falls der Antrag unwidersprochen bleibt, wiederum Verzicht der übrigen Gesellschafter vor, erfolgt die Ernennung trotz Widerspruchs, so tritt an Stelle des verweigerten freiwilligen Verzichts der rechtskräftige richterliche Beschluß.[3]) Mithin handeln die Gesellschafter, wenn sie Liquidatorenfunktionen ausüben, aus eigenem Rechte.[4])

Werden hingegen dritte Personen, die nicht Gesellschafter waren, durch Wahl zu Liquidatoren, so werden sie einzig auf Grund fremden Rechts tätig. Das Rechtsverhältnis, in das sie zur Liquidationsgesellschaft treten, beruht entweder auf Auftrag oder auf Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.). Das hat auch für die gerichtlich ernannten fremden Liqui-

[1]) ROHG. Bd. 20 S. 12.

[2]) Müller S. 53.

[3]) Siquet S. 49.

[4]) Lehmann-Ring § 152 Nr. 3.

datoren zu gelten, indem in diesem Falle der Vertrag durch die Ernennung seitens des Gerichts und die Annahme seitens des ernannten Liquidators zustande kommt. Der rechtskräftige Beschluß ersetzt eben die sonst durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluß der Gesellschafter (§ 146 Abs. 1 HGB.) zum Ausdruck gelangende Willenserklärung.[1])

Regelmäßig wird übrigens das Rechtsverhältnis dritter Personen zur Liquidationsgesellschaft Dienstvertrag sein, da der fremde Liquidator eine Vergütung für seine Dienste beanspruchen wird.[2]) Soweit nicht ausdrücklich Vorschriften des Handelsgesetzbuches entgegenstehen, werden daher für den Fremdliquidator die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches über Auftrag bezw. über Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, in Anwendung zu bringen sein.[3])

Verschieden, je nachdem der Liquidator ein Gesellschafter- oder fremder Liquidator ist, regelt sich auch die bei der Geschäftsführung bestehende Folgeleistungspflicht sowie die von ihm zu prästierende Sorgfalt. So

---

[1]) Staub § 295 Anm. 9; Goldmann § 295 Nr. 6; a. A. Lehmann-Ring § 152 Nr. 2.

[2]) Lehmann-Ring a. a. O.; a. A. RG. in JurW. 1895 S. 76; Rudorff S. 99.

[3]) Lehmann-Ring § 152 Nr. 2—3; Makower § 146 Anm. III, 4.

legt § 152 HGB. der Geschäftsführungsbefugnis der Liquidatoren insofern eine Beschränkung auf, als sie den übereinstimmenden Anordnungen der sämtlichen nach § 146 Abs. 2, 3 HGB. Beteiligten Folge zu leisten haben.

Hinsichtlich des Gesellschafterliquidators entbehrt diese Vorschrift der praktischen Bedeutung, indem er ja selbst zu den Beteiligten gehört.

Streitig ist, ob die Fremdliquidatoren unter den Voraussetzungen von § 665 BGB. von den gemäß § 152 HGB. gefaßten Weisungen abweichen dürfen. Unseres Ermessens ist die Frage zu bejahen.

Die Tendenz des § 152 HGB. zunächst ist dieser Auffassung nicht zuwider. Diese Bestimmung will vielmehr nur insofern die freie Entschließungs- und Dispositionsfähigkeit der Liquidatoren beschränken, als diese den einstimmigen Anordnungen der Beteiligten Folge leisten müssen; also entsprechend dem Mandatar, der ja auch den Anordnungen seines Mandanten folgen muß. Es ist nicht einzusehen und auch unpraktisch und bedenklich, die Vorschrift des § 665 BGB. auf die Liquidatoren nicht anwenden zu wollen, zumal doch auch die Liquidatoren sachkundige und verständige Männer sein werden. Man nehme nur den einstimmigen Auftrag an die Liquidatoren an, eine bestimmte Warengattung, die Börsenkurs hat, zu einem bestimmten Satze an einen bestimmten Käufer zu verkaufen bezw. vom Verkäufer zu kaufen; sollte bei plötzlichem Fallen oder Steigen

der Preise der Liquidator an die Weisung unbedingt gebunden sein? Unseres Ermessens nicht.[1])

Weigert sich, abgesehen von dem vorerwähnten Ausnahmefalle, der Liquidator, dem Beschlusse der Beteiligten Folge zu leisten, so macht er sich schadensersatzpflichtig und ist seine Abberufung berechtigt. Theoretisch möglich, praktisch jedoch wohl nie vorkommend dürften die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung oder eine auf Erfüllung der Anordnung gerichtete Klage sein.[2])

Die Folgeleistungspflicht der Liquidatoren besteht indes nur in den Grenzen der durch § 149 HGB. bestimmten, der Auseinandersetzung dienenden Geschäftsführungspflicht. Würden z. B. die Beteiligten den Verkauf eines Geschäfts statt in einzelnen Teilen in Bausch und Bogen anordnen, so ist ein derartiger Beschluß für die Liquidatoren bindend.[3]) Hingegen würde der Bau eines neuen Fabrikgebäudes beispielsweise keine der Auseinandersetzung dienende Anordnung sein und trotz einstimmigen Beschlusses der Beteiligten von den Liquidatoren geweigert werden können.[4])

---

[1]) Lehmann-Ring § 152 Nr. 2; a. A. Staub § 152 Anm. 1.

[2]) Lehmann-Ring § 152 Nr. 7; Staub § 152 Anm. 5; Makower § 152 Anm. II; Goldmann § 152 Nr. 4.

[3]) Goldmann a. a. O.; Dr. Fuld in Holdheim S. 41; Lehmann-Ring § 149 Nr. 4.

[4]) Makower § 152 Anm. II.

Auch bei der von den Liquidatoren zu prästierenden Sorgfalt zeigt sich eine Verschiedenheit zwischen dem Gesellschafter- und dem Fremdliquidator. Eine besondere Bestimmung über die vom Liquidator zu prästierende Sorgfalt kennt das Handelsgesetzbuch nicht, und auch mit dem Wesen der Liquidation als solcher steht der Umfang der Sorgfalt und damit der Haftung des Liquidators nicht im Zusammenhang. Damit finden gemäß §§ 156, 105 HGB. die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft Anwendung. Nach § 708 BGB. hat aber der Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, also für die gemeinrechtliche sogen. diligentia in concreto.[1]) Anders beim Fremdliquidator. Auch seine Haftung legt das Handelsgesetzbuch nicht fest. Dieselbe bestimmt sich daher bei ihm, da § 708 BGB. nicht in Frage kommen kann, nach der Sorgfalt, welche ihm das seinem Liquidatorenamt zugrunde liegende Rechtsgeschäft auferlegt. Da dieses Rechtsgeschäft regelmäßig Dienstvertrag oder Auftrag ist, so hat der Fremdliquidator

---

[1]) Staub § 149 Anm. 33; Lehmann-Ring § 156 Nr. 2; Müller S. 63; Endemann S. 467; Behrend S. 580 Anm. 35; a. A. Renaud S. 557, Hergenhahn S. 340, Puchelt S. 240, welche die sämtlichen Gesellschafterliquidatoren für omnis culpa haften lassen, sowie Franken S. 148, der nur dem ernannten Gesellschafterliquidator diese Haftung auferlegt.

gemäß § 276 BGB. mangels besonderer Bestimmungen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, also für omnis culpa einzustehen.[1]) Für den besonderen Fall allerdings, daß die Übernahme des Liquidatorenamtes für den Liquidator selbst ein Handelsgeschäft bildet, erhöht sich seine Haftung und hat er gemäß § 347 HGB. für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.[2])

Nicht klar ist die Meinung Keyßners, der zunächst sagt,[3]) daß der Liquidator die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prästieren habe, während er später[4]) zwischen geborenen und gekorenen Gesellschaftern einerseits und auf „andere Weise" bestellten unterscheidet. Erstere läßt er hier für diligentia in concreto, letztere für culpa levis bezw. für culpa levissima haften.

Entsteht Streit darüber, ob der Liquidator den ihm obliegenden Grad von Sorgfalt beobachtet habe, so hat er den Exkulpationsbeweis zu führen (§ 282 BGB.).[5])

§ 13.

C. Die Vergütung.

Über eine dem Liquidator als solchem zu gewährende Vergütung trifft das Handelsgesetzbuch keinerlei Bestimmungen. Auch hier wiederum ist zu

---

[1]) Staub § 149 Anm. 33; Lehmann-Ring § 142 Nr. 2.

[2]) Lehmann-Ring a. a. O.; Behrend § 82 Anm. 38.

[3]) Keyßner S. 332.

[4]) Keyßner S. 342.

[5]) Staub § 149 Anm. 33.

unterscheiden, ob der Liquidator Gesellschafter- oder Fremdliquidator ist. Denn für den Gesellschafterliquidator werden die Vorschriften der §§ 110, 114 HGB., wonach der Gesellschafter für seine Mühewaltung bei der Geschäftsführung eine Vergütung nicht beanspruchen kann, sinngemäß auch während der Liquidation zur Anwendung zu kommen haben.[1]) Der Gesellschafterliquidator kann daher eine Vergütung nicht beanspruchen, sofern dies nicht etwa im Gesellschaftsvertrage oder durch besondere mit der Gesellschaft getroffene Vereinbarung bestimmt ist.[2]) Dies trifft auch für den gekorenen Gesellschafterliquidator zu, da die freiwillige Übernahme der Liquidatorengeschäfte seitens eines Gesellschafters und die Übertragung der damit verbundenen Befugnisse auf ihn seitens der übrigen Beteiligten zu einer anderen Beurteilung nicht führen kann.[3])

Sogar der ernannte Gesellschafterliquidator kann nicht ohne weiteres eine Vergütung beanspruchen, denn die gerichtliche Ernennung, die ja die Wahl ersetzt, bedarf immer noch, um wirksam zu werden, der freiwilligen Annahme seitens des Ernannten. Der in diesem Falle zwischen dem Richter im Namen der Gesellschaft und dem früheren Gesellschafter abgeschlossene Vertrag auf

---

[1]) OLG. Dresden in Goldschmidts Z. Bd. 37 S. 544; Staub § 149 Anm. 38; Franken S. 149.

[2]) RG. im Recht 1907 Nr. 933.

[3]) OLG. Dresden a. a. O.

Übernahme des Liquidatorenamtes ist dann aber nicht als Dienstvertrag, sondern als Auftrag aufzufassen.[1])

Die Stellung des Fremdliquidators ist dagegen, wie wir oben gesehen haben, regelmäßig Dienstvertrag. Gemäß § 622 BGB. gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn eine Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Eine solche stillschweigende Vergütung ist aber mangels ganz besonderer Tatumstände beim Fremdliquidator im Gegensatz zum Gesellschafterliquidator stets anzunehmen.

Der Gesellschafterliquidator, der das Liquidatorenamt antritt, nimmt damit zugleich seine eigensten Interessen wahr und nicht nur die Interessen seiner Mitgesellschafter; schon damit bekommt er indirekt eine Vergütung. Anders der Fremdliquidator. Er hat an der erfolgreichen Abwicklung des Liquidationsgeschäftes keinerlei Interesse; im Erwerbsleben unserer Zeit aber ist eine Mühewaltung für fremde Personen ohne Gegenleistung im Zweifel niemals anzunehmen. Übrigens wird in sehr vielen Fällen auch § 354 HGB. zutreffen.

Keinerlei Einfluß auf das Recht des Fremdliquidators, eine Vergütung für seine Geschäftsführung bei der Liquidation verlangen zu können, hat es indes, daß er sein Amt durch richterliche Ernennung bekommt. Wie das Kammergericht[2]) ausführt, schließt das Ernennungsrecht

---

[1]) A. A. Makower § 146 Anm. III, 4.

[2]) KGJ. Bd. 27 A S. 223.

des Richters nicht auch das Recht der Zubilligung einer Vergütung ein, was sich daraus ergebe, daß in den ähnlichen Fällen der §§ 1836 BGB., 78, 85, 87, 91 KO. das Gesetz ausdrücklich das Gericht zur Festsetzung einer Vergütung ermächtige. Der Richter kann daher dem Liquidator auch nicht eine angemessene oder übliche Vergütung zusagen, wie er das beispielsweise bei dem Konkursverwalter kann.[1])

Entsteht Streit darüber, ob und in welcher Höhe den Liquidatoren eine Vergütung zu zahlen ist, so kann darüber nicht durch das Registergericht entschieden werden, sondern der Streit muß im ordentlichen Rechtswege ausgefochten werden. Denn mangels einer ausdrücklichen Vorschrift kann aus dem Ernennungsrechte des Richters seine Befugnis zur Festsetzung einer Vergütung nicht gefolgert werden.[2])

---

[1]) Staub § 149 Anm. 38; Lehmann-Ring § 295 Nr. 5; Pinner § 295 Anm. I, 3; KG. a. a. O.; a. A. Makower § 295 Anm. Ic, 4; Goldmann § 295 Nr. 6.

[2]) Übereinstimmend KG., Staub, Lehmann-Ring, Pinner, sämtlich a. a. O.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.